



Ueber

DEN BEGRIFF UND DIE RECHTLICHE NATUR

des

VERGLEICHS.

Inauguralabhandlung

von

CARL RISCH.

ERLANGEN.

Druck der Adolph Ernst Junge'schen Universitätsbuchdruckerei.

1855.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

§. 1.

Einleitung.

Der Vergleich ist eines der practisch wichtigsten Institute des Civilrechts; man braucht kein Jurist zu sein, um die Bedeutung desselben für den Rechtsverkehr zu kennen und zu würdigen. Wie hoch das Ansehen desselben besonders auch bei unserm deutschen Volke ist, davon geben uns am bessten Zeugniss die mancherlei Rechtssprüchwörter [1]), die, schon alter Zeit entstammt, noch heute frisch und kräftig in dem Bewusstsein unseres Volkes fortleben.

Angesichts dieser practischen Wichtigkeit des Vergleichs für das Rechtsleben sollte man nichts natürlicher finden, als dass auch die Theorie des Vergleichs besonders gepflegt und ausgebildet worden wäre. Allein wenn wir unsere so überaus reiche juristische Literatur ansehen, so finden wir von dem gerade das Gegentheil: weder in der älteren Zeit, und noch viel weniger in unserem gegenwärtigen Jahrhundert hat sich die Literatur in irgend erheblicher Weise mit diesem Stoffe beschäftigt.

Man könnte nun glauben, diese Vernachlässigung erkläre sich leicht daraus, dass die Theorie des Vergleichs an sich einfach und unbestritten und darum einer emsigeren Untersuchung und Behandlung nicht bedürftig sei.

Allein dem ist durchaus nicht so, wie schon ein oberflächlicher Blick in die verschiedenen Lehrbücher unseres Civilrechts, welche der transactio

---

1) Wir erinnern beispielsweise nur an folgende: „Es ist besser ein magerer Vergleich, denn ein feistes Urtheil." — „Es ist besser ein halb Ei, denn „eine ledige Schale." — „Wer will hadern um ein Schwein, der nehme „eine Wurst und lass es sein." — „Eine gütige Handlung bricht Einem kei„nen Zahn oder Bein aus" u. s. w. —

eine allerdings meist nur stiefmütterliche Berücksichtigung schenken, zu beweisen vermag, indem das eine System vom Vergleich als einem Consensualcontract spricht, das andere ihn als eine Aufhebungsart von Obligationen behandelt, und wieder ein anderes ihn überhaupt aus der Reihe der obligatorischen Verträge streicht — nicht zu gedenken der mancherlei Controversen, die sich an einzelne Punkte in der Theorie des Vergleichs anknüpfen, z. B. ob man sich über den Inhalt eines noch uneröffneten Testaments vergleichen könne, ob eine Aufhebung des Vergleichs wegen laesio enormis zulässig sei u. s. w.

Hieraus ergibt sich, dass eine neue sorgfältige Untersuchung dieses Gegenstands in der That an der Zeit war, um so mehr, als die Literatur unseres Rechts während der jüngsten Vergangenheit bedeutende Fortschritte gemacht hatte, und so die Lehre vom Vergleich gleichwie ein Brachfeld gegenüber emsig bebauten und gepflegten Fluren liegen geblieben war.

Diese Erwägung scheint es hauptsächlich gewesen zu sein, welche die Juristenfacultät der Universität München veranlasste, als Thema einer Preisaufgabe für das Jahr $18^{53}/_{54}$ die Lehre von der transactio mit Ausschluss des Compromisses und Eides aufzustellen.

Der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung unternahm die Bearbeitung derselben, freilich mit dem im Laufe der Ausarbeitung immer stärker werdenden Gefühl seiner eigenen Schwäche und der Beschränktheit seiner Kräfte gegenüber den Anforderungen die der heutige Standpunkt unserer Wissenschaft mit Recht an den, der selbstständig in Förderung derselben eingreifen will, stellen darf. Dessungeachtet erkannte die Juristenfacultät der gegenwärtigen Abhandlung vor anderen den Preis zu, und zwar in solch anerkennender Weise, dass sich der Verfasser ermuthigt fühlen durfte, dieselbe auch einem grösseren juristischen Publicum vorzulegen. Seine Absicht dabei konnte, wie sich aus dem Obigen von selbst versteht, nicht die sein, an die Stelle des Bisherigen neue und unumstössliche Wahrheit zu setzen, sondern lediglich die, zur Bearbeitung eines einer sorgfältigeren Untersuchung würdigen und bedürftigen Gebiets einen kleinen Beitrag zu liefern.

Die Literatur, welche der Verfasser bei der Bearbeitung der transactio benützen konnte, ist nach dem oben Gesagten weder sehr umfangreich, noch — mit wenig Ausnahmen — sehr belehrend. Von älteren Bearbeitungen sind hervorzuheben:

Hugo Donellus in seinem Commentar zu den 2 Codextiteln „de pactis et de transactionibus.“ (Cod. 2, 3. et 2, 4.) — bei Weitem das Beste, was die ältere Literatur darüber aufzuweisen vermag;

Arn. Vinnius, tractatus de transactionibus in seinen tract. quinque, Ultrajecti 1697.

Ger. Noodt, lib. sing. ad edictum praetoris de pactis et transactionibus.

Aus der neueren Zeit ist fast nur erwähnenswerth:

Ch. F. Glück, ausf. Erl. der Pandecten, Band V. §§. 245—357. Wenn schon bei Glück nicht zu leugnen ist, dass er an geistiger Auffassung und Durchdringnng des Stoffs bei Weitem nicht den vorhin Genannten, voraus einem Donellus, zu vergleichen ist, so gilt dies noch in viel höherem Masse von andern im vorigen Jahrhundert hin und wieder versuchten Bearbeitungen des Vergleichs, wie inbesondere von der bei Glück häufig citirten des

Lebrecht Aug. Renthe, Versuch einer system. Erl. der Lehre von den Transacten — bei der man eher alles Andere findet, als Geist und System.

Aus der neuesten Zeit ist uns, abgesehen von einigen den Gegenstand meist nur fragmentarisch und oberflächlich behandelnden Dissertationen, eine eingehendere Bearbeitung des Vergleichs nicht bekannt.

Wir waren darum hier lediglich auf die Berücksichtigung dessen hingewiesen, was die verschiedenen Systeme des Pandectenrechts in dieser Hinsicht enthielten; unter ihnen heben wir besonders hervor:

L. Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 269.

G. F. Puchta, Pandecten §. 294 und Vorlesungen dazu.

A. Schweppe, das röm. Privatrecht, III. Band, enthaltend das Obligationenrecht §§. 522—524.

R. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts II. Bd., 2. Abtheilung, Kap. XX, S. 917 ff.

Die anderweitige benützte Literatur wird an der jedesmal geeigneten Stelle angegeben werden.

I. Abschnitt.

Das Wesen des Vergleichs im Allgemeinen.

§. 2.

I. Begriff des Vergleichs.

Der Werth scharfer Definitionen ist unverkennbar, sie sind des geistigen Gedankens vollkommenste Verkörperung. Daher in jeder Wissenschaft — und vorzüglich in unserer Jurisprudenz — das fortwährende Bestreben, dem erkannten Principe auch seine entsprechende Formel zu finden, und so die innigste Harmonie von Geist und Form zu erreichen.

Unsere Aufgabe ist daher vor Allem, auch für den Vergleich eine sein Wesen in möglichst prägnanter Weise ausdrückende Formel zu gewinnen. Dies zu erreichen, wäre nun an sich ein dreifacher Weg gedenkbar:

Erstens wir suchen in unsern gemeinrechtlichen Quellen selbst nach einer entsprechenden Definition der transactio. Allein schon eine oberflächliche Betrachtung zeigt uns, dass weder das die Grundlage unserer ganzen ferneren Untersuchung bildende römische Recht — es handelt in zwei Titeln ex professo von der transactio, nemlich Dig. II, 15. und Cod. II, 4. —, noch viel weniger das kanonische Recht oder die deutschen Reichsgesetze, die nur gelegentlich des Vergleichs gedenken, uns eine fertige Definition der transactio bieten. Zwar scheint schon gleich der Digestentitel [1]) eine solche an seiner Spitze zu tragen; allein es ist dies, wie sogleich weiter unten klar werden wird, höchstens ein leiser Ansatz der Formulirung zu nennen. Fragen wir nach dem Grunde dieses Mangels (denn vom Standpunkte der Wissenschaft müssen wir es allerdings als solchen bezeichnen), so ist voraus so viel klar, dass wir die Ursache desselben nicht etwa in einer Unfähigkeit der römischen Juristen, die uns ja heute noch als leuchtende Vorbilder erscheinen, suchen dürfen — es stünde dann in der That mit der geistigen Autorität des römischen Rechts sehr schlimm — der wahre Grund scheint uns vielmehr gerade in dem zu liegen, was die wahre Grösse der römischen Juristen ausmacht, nemlich

---

1) l. 1. D. h. t.: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

in der an ihnen zu bewundernden innigen Durchdringung der Theorie des Rechts und des Rechtslebens, welche das Bedürfniss der Abstraction gar nicht in der Weise empfinden liess, wie es sich allerdings heutzutage bei ganz veränderten Umständen geltend macht [2]: der römische Jurist war nicht ex professo Theoretiker, sondern zugleich auch Mann des Gerichts; es genügte ihm, in jedem Moment die vollkommenste Herrschaft über alle in concreto anzuwendenden Rechtsnormen zu besitzen, ohne dass er auch das Bedürfniss gefühlt hätte, zum Behufe einer besseren Beherrschung dieselben möglichst zu systematisiren und in das Gewand abstracter Formeln zu hüllen. Es darf darum unsere innigste Hochachtung vor den römischen Juristen nicht stören, wenn wir entweder — wie sehr häufig — schlecht gelungene Definitionen bei ihnen finden, oder — wie in unserm Fall — dieselbe ganz vermissen.

Ein zweiter Weg zu unserm Ziele wäre der, uns an irgend eine Autorität anzuschliessen und von diesem oder jenem Rechtslehrer die Begriffsbestimmung des Vergleichs uns anzueignen. Dieser Weg hätte jedenfalls den Vortheil der grössten Bequemlichkeit; ob er aber von innerer Befriedigung wäre, ist eine andere Frage, die gerade hier um so mehr zu verneinen ist, als die Definitionen der verschiedenen Rechtslehrer durchaus nicht bis zu dem Grade übereinstimmen, der uns berechtigen könnte, irgend eine derselben als ausgemachte Wahrheit zu betrachten.

Es übrigt hienach noch ein dritter Weg, der, wie uns scheinen möchte, bei weitem der vorzüglichere ist: nemlich selbst die Formel zu construiren. Nun versteht sich aber für jeden Denkenden soviel von selbst, dass wir hier nicht gemeint sein können, aus uns selbst heraus eine willkürliche Definition hinzustellen (aprioristisch zu verfahren); sondern wir verstehen die uns vindicirte geistige Freiheit in der Weise, dass wir selbständig aus dem Borne schöpfen, aus dem auch die vor uns geschöpft haben. Das Verhältniss ist nemlich dieses: die römischen Quellen sind für uns das in sich harmonische Fundament, das alle Elemente des Begriffs, wenn auch nicht in directer scharfer Formulirung, so doch implicite in sich enthält. Es bedarf nur des geschickten Auges, dieselben in den Quellen als solche wesentliche Momente zu entdecken. Ist das gelungen, dann wird es ein relativ Leichtes sein, durch die Combinirung der so gefundenen Elemente des Begriffs den Begriff selbst zusammenzusetzen und die fertige Formel hinzustellen.

2) Vergl. Savigny's System, Bd. I. Vorrede S. XXII—XXV.

Indem wir nun auf diesem, unstreitig sichersten genetischen Wege zum formulirten Begriff des Vergleiches gelangen wollen, so legen wir uns folgende, die Hauptrichtpunkte des Instituts enthaltende, auf der Grundlage unserer Quellen in allgemeinen Zügen zu beantwortende Fragen vor:

I. Was ist Gegenstand des Vergleichs?

II. Was ist Zweck des Vergleichs?

III. In welcher Art und Weise (auf welchem Wege) wird dieser Zweck beim Vergleich erreicht?

I. Gegenstand des Vergleichs.

Dieses Moment der transactio hat seine vollständige Fassung in den Anfangsworten der bereits oben citirten l. 1. D. h. t. erhalten:

„qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit." Hiernach können Gegenstand eines Vergleichs immer nur sein ungewisse Rechtsverhältnisse, sei es nun, dass die Ungewissheit des Rechtsanspruchs ihren Grund habe in der Bestrittenheit desselben [2]) — das verungewissernde Moment ist hier der incertus litis eventus — oder dass sie irgendwie sonst motivirt sei („res dubia" im Allgemeinen), z. B. durch entweder suspensiv oder resolutiv gesetzte Bedingtheit desselben [3]), oder durch die

2) „lis incerta neque finita" — es möchte, wenn man an der gewöhnlichen Bedeutung von „lis" als identisch mit „gerichtlicher Streit" festhält, scheinen, als ob blos die bereits zum Process erwachsene Bestreitung eines Anspruchs qualificirt sei, durch Vergleich ausgetragen zu werden; allein es ist einerseits nichts Unerhörtes, dass unsere Quellen das Wort „lis" in einem weiteren, jede (und darum auch die aussergerichtliche, eine künftige gerichtliche sehr wahrscheinlich machende) Bestreitung umfassenden Sinne gebrauchen, anderseits aber auch durch mehrfältige ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt, dass hinsichtlich der Frage, ob ein tauglicher Vergleichsgegenstand gegeben sei, die aussergerichtliche Bestreitung (metus litis, lis futura nach Donellus) mit der gerichtlichen (lis praesens) ganz auf einer Linie stehe; vergl. insbes. l. 2. Cod. h. t. .. etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cauta intelligitur. ...

3) Vergl. l. 11. Cod. h. t. Es knüpft sich hier allerdings eine Streitfrage an, in wie ferne es gerechtfertigt sei, einen Vergleich zuzulassen über einen bedingten Anspruch als solchen, ohne dass dabei die Absicht der Contrahenten auf Verhütung eines bevorstehenden oder doch möglichen Rechtsstreits gerichtet wäre? Doch davon unten Abschnitt II. Cap. II. das Nähere.

Ungewissheit des Umfangs, welchen der an sich als begründet feststehende Anspruch im Ganzen erreichen wird [4]).

Gegenstand des Vergleichs können jedoch überall nicht sein durchaus gewisse und unbestrittene Rechtsverhältnisse, sei es nun, dass von Anfang an keine Differenz in den Behauptungen der Parteien obgewaltet hat — hier war ja noch in keinem Moment irgend ein Anlass zum Vergleich gegeben —, oder sei es, dass die vorher bestandene Differenz in irgend einer eine fernere Ungewissheit nicht mehr gestattenden Weise beseitigt worden war (z. B. der Rechtsstreit war durch rechtskräftiges Urtheil entschieden worden, vgl. l. 7. pr. l. 11. D. h. t.).

II. Zweck des Vergleichs.

Die Tendenz des Vergleichs ist schon niedergelegt in der grammatischen Bedeutung von „transigere", sie wird aber noch ausserdem durch eine Reihe von unzweideutigen Stellen ausgesprochen.

„Transigere" im weiteren Sinn ist Synonymum von „finire, terminare," bedeutet also soviel als „beendigen, bereinigen"; das Wort wird in diesem ausgedehnteren Sinne nicht nur von Profanschiftstellern [5]), sondern auch von unsern Quellen selbst gebraucht [6]).

Bringen wir nun diese weitere [7]) Bedeutung von transigere in Relation mit dem unter I. erkannten Vergleichsgegenstand, zunächst mit der lis, als dem bei weitem häufigsten Object des Vergleichs, so haben wir schon ein Bedeutendes für die Construction des Begriffs gewonnen: der Vergleich stellt sich uns in diesem Stadium dar als ein Rechtsinstitut, das bestimmt ist, eine Ungewissheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen, insbesondere bestrittene Rechtsverhältnisse zu ordnen („litem finire").

Wie schon vorhin bemerkt, enthalten unsere Quellen auch eine Reihe ausdrücklicher Zeugnisse, welche diese Tendenz des Vergleichs bestätigen [8]).

---

4) z. B. Vergleich über Alimente l. 8. D. h. t.

5) z. B. Cicero pro Quintio: „quaero, qua ratione Naevius susceptum negotium transegerit." Ebenso in der Rede pro Roscio Comoedo.

6) l. 229. 230. D. de verb. sign.: transacta finitave intelligere debemus non solum ea, quibus controversia fuit, sed etiam, quae sine controversia sint possessa, ut sunt judicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita.

7) Die engere und eigentliche Bedeutung von transigere kann erst sub Nr. III. klar gemacht werden.

8) Es geschieht dieses indirect schon durch die mehrfach citirte l. 1. D. h. t.,



Allein diesem Zwecke, „Rechtsstreitigkeiten zu beenden" dienen bekanntlich noch eine Reihe anderer Institute, die theils nur im Zusammenhang mit streitigen Verhältnissen, zu deren Erledigung sie bestimmt sind, vorkommen [9]), theils diese Tendenz wenigstens haben können, wenn auch das Gebiet ihrer Wirksamkeit keineswegs auf ungewisse Rechtsverhältnisse beschränkt ist [10]). Daraus ergibt sich, dass wir bis jetzt noch nicht auf dem specifischen Boden der transactio stehen, die, lediglich nach den zwei bisherigen Momenten gefasst, in der That zusammenfallen würde mit all den eben genannten Instituten.

III. Auf welche Art und Weise erreicht die transactio ihren Zweck, Rechtsungewissheit zu beseitigen?

a) Die allgemeinste Antwort auf diese Frage ist: „durch Vertrag der Parteien" (consensu partium); wir finden diese Vertragsnatur in den Quellen zu wiederholten Malen ausgesprochen [11]). Allein ist hiemit das Characteristische der transactio schon erschöpft und dieselbe vor allen andern Instituten verwandter Natur gekennzeichnet? Offenbar nicht, da wir vorhin (Note 10) auch noch andere, von unsern Quellen nicht als transactio qualificirte, vertragsmässige Streitbeendigungsmittel kennen gelernt haben [12]).

Es muss darum noch ein ferneres, die Art und Weise der vertragsmässigen Beseitigung der Rechtsungewissheit näher characterisirendes Moment für den Vergleich gefunden werden.

---

im höchsten Masse direct aber durch folgende 2 Stellen: l. 16. Cod. h. t: causas vel lites legitimis transactionibus finitas resuscitari non oportet — und l. 13 eodem: consensu quaestiones terminatas minime instaurari oportet. , . . .

9) Hieher gehört vor Allem das richterliche Urtheil (resp. auch das seine Stelle vertretende völlige gerichtliche Geständniss des Beklagten nebst dem einseitigen gerichtlichen Verzicht des Klägers), sowie der Eid und das Compromiss.

10) Zu dieser Kategorie gehören vor Allem der vertragsmässige Erlass (Verzicht), sowie die vertragsmässige Anerkennung eines Rechtsanspruchs des gegenüberstehenden Theiles: es leuchtet ein, dass beide keineswegs auf streitige oder überhaupt nur ungewisse Rechtsansprüche zu beschränken sind, indem es wohl noch häufiger vorkommt, dass ein unstreitiger, als dass ein streitiger Anspruch erlassen wird.

11) So besonders in l. 15. Cod. h. t: „ea, quae consensu terminata sunt" . . , und weiter unten: „consensu terminatas quaestiones minime instaurari oportet." Ferner l. 7. Cod. h. t: „transactionis placitum" . . . .

12) Vergl. noch besonders l. 4. Cod. de pactis (II, 3.): posteaquam liti de praedio motae renuntiasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit; und Paul. sentt. I, 1. §. 5: de rebus litigiosis et convenire et transigere possumus.

b) Der Vergleichsvertrag ist kein schlechthin lucrativer, er ist vielmehr ein entgeltlicher (im weiteren Sinn des Worts), d. h. der Vergleich kann nicht in einem blos einseitigen Nachgeben des einen oder andern Theiles bestehen, sondern beide Theile müssen von ihren ursprünglichen Prätensionen nachlassen soweit, bis die beiderseitigen Behauptungen endlich in einem Punkte zusammentreffen [13]). In den klarsten Worten statuirt dieses Requisit der Gegenseitigkeit für den Vergleich die

l. 38 Cod. h. t.: transactio nullo dato, seu retento, vel promisso minime procedit.

Es ist jedoch dieses „gegenseitige Nachgeben der transigirenden Parteien" in einem weiteren Sinn zu verstehen, nicht als ob in jedem Falle beide Parteien gerade mit Bezug auf das im Streit begriffene Verhältniss selbst nachgeben müssten — ein wahrer Vergleich ist vielmehr auch dann gegeben, wenn zwar der Kläger seine ganze Prätension fahren lässt, resp. der Beklagte dem ganzen klägerischen Petitum willfährt, dafür aber doch immer der gegenüberstehende Theil in anderer Weise d. h. durch Einräumen eines anderweitigen Vermögensvortheils (dando, promittendo, liberando) eine Vergeltung bietet.

Hiermit glauben wir nun in der That die wesentlichen Momente des Vergleichs-Begriffes bestimmt, also die Construction der Formel vorbereitet zu haben.

Der Vergleich erscheint uns im Rechtsorganismus als jenes Institut, welches eine Rechtsungewissheit — insbesondere eine durch Bestreitung entstehende Ungewissheit — vertragsmässig mittels gegenseitigen Nachge-

13) Es gilt dieses Requisit der Gegenseitigkeit keineswegs etwa blos von dem Vergleich über streitige Rechtsansprüche, sondern analog auch vom Vergleich über sonstige res dubiae; denn würde der bedingt Verpflichtete die ganze Forderung des Berechtigten als nnbedingte anerkennen und zahlen ohne irgend eine Vergeltung von Seite des letzteren, so könnte man von keinem Vergleiche sprechen, ebensowenig als in dem Fall, wenn der Alimentenberechtigte schlechthin nnd ohne Gegenleistung des Verpflichteten auf die fernere Geltendmachung seines Alimentenanspruchs verzichtete. Nur soviel muss man zugeben, dass in diesen letztern Fällen nicht in eben der Weise, wie beim Vergleich über streitige Ansprüche von einem gegenseitigen Nachgeben in den nrsprünglichen Prätensionen gesprochen werden könne, da man dort überhaupt keine solche, von Anfang an einander entgegengesetzte Behauptungen erblickt, wie wohl in dem letztern Fall, wo der Eine vor der Vereinigung im Vergleiche ein Maximnm als Petitum gesetzt, der Andere einen völligen oder partiellen Widerspruch entgegen gesetzt hatte.

gebens der paciscirenden Parteien zu beseitigen bezweckt — oder prägnanter formulirt:

„Der Vergleich ist ein entgeltlicher Vertrag, welcher die Beseitigung „einer Ungewissheit von Rechtsansprüchen unter den Vertragschliessenden „zum unmittelbaren Inhalt hat.“

Nachdem wir so auf genetischem Wege zu einer prägnanten und doch erschöpfenden Definition des Vergleichs gelangt sind, wollen wir es nicht unterlassen, auch einen kritischen Blick auf die fertigen Formulirungen zu werfen, wie sie uns sowohl in den Schriften der bedeutenderen Rechtslehrer ältester und neuerer Zeit, als in den hervorragendsten Codificationen der Jetztzeit entgegentreten.

Donellus in der Einleitung zu seinem Commentar über den Codextitel „de transact.“ definirt folgendermassen:

„definiemus transigere, ut sit litem dubiam, quae vel sit vel in futurum „metuatur, consensu finire hac lege, ut is, cujus de ea re petitio esse „potuit, eam omnem litem remittens vicissim quid eo nomine accipiat.

Wie uns scheint, dürften diesem „definiemus“ gerade die zwei essentiellen Merkmale einer guten Definition fehlen, nemlich Kürze und Elasticität zur Erschöpfung des ganzen Inhalts. Dass ihr die Kürze mangelt, sieht man ihr sofort an; aber auch die Erkenntniss des zweitgenannten Mangels erfordert kein allzutiefes Nachdenken [14].

Treffender ist die von Vinnius aufgestellte, von der ganzen holländischen Schule (Noodt, Schulting) adoptirte und mit unwesentlichen

14) Nach unserm Dafürhalten ist die Formel nach einer doppelten Richtung nicht weit genug: sie umfasst fürs Erste nicht die Mannigfaltigkeit des Vergleichsgegenstandes. Donell spricht blos von einer lis vel praesens vel futura; allein schon Noodt hemerkt, gestützt auf unzweideutige (oben angeführte) Quellenzeugnisse, dass man sich auch über einen ganz unbestrittenen Anspruch und ohne an einen künftig möglichen Process darob zu denken, vergleichen könne, wenn derselbe nur aus irgend einem andern Grunde (z. B. conditio) als res dubia sich qualificire; wenn Donell, wie es den Anschein hat, in jene Stellen (l. 8. D. h. t., l. 11. Cod. h. t.) den Gedanken an eine lis futura hineininterpretirt, welcher man durch den gegenwärtigen Vergleich von Anfang an vorbeugen wolle, so scheint uns diese Exegese allzu künstlich, und, wenn man die Quellenstellen vorurtheilsfrei prüft, geradezu unnatürlich. Andrerseits fasst Donell auch die Art und Weise der Streitbeendung (des „consensu finire“) insoferne viel zu enge, als er lediglich von einer vergoltenen „remissio litis per actorem“ spricht, wie wenn der Streit blos durch völliges Nachgeben des Klägers, dem der Beklagte andern Vortheil dagegen gewährt, nicht ebenso auch durch völliges anderweitig vergoltenes Nachgeben des Beklagten beendet werden könne.

Modificationen auch von den deutschen Juristen des vorigen Jahrhunderts bis zu Glück herab angenommene Definition:

„transactio est conventio, qua res dubia vel controversa, aliquo dato, „vel retento, vel promisso (l. 38. Cod. h. t.) terminatur.

Was die Definitionen unserer Pandectenlehrbücher anlangt, so stimmt in ihrem wesentlichen Inhalt ganz mit der unsrigen überein die von Arndts (Pandecten §. 269): „der Vergleich ist ein Vertrag, der eine Ungewissheit „von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem „vermeintlichen Recht etwas nachgelassen wird."

Minder scharf Puchta (§. 294): „der Vergleich ist die vertragsmäs„sige Umwandlung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhält„nisses in ein gewisses"[15]. Etwas holperig scheint uns die Definition von Schweppe (Bd. III. §. 522): „der Vergleich ist ein Vertrag, durch wel„chen man sich mittels gegenseitigen Nachgebens und so, dass Jeder der „Theile etwas empfängt[16], über ungewisse Ansprüche vereinigt."

Die Formulirungen von Wening-Ingenheim, Seuffert und Andern[17] stimmen im Wesentlichen mit der unsrigen überein.

Was endlich die neueren Codificationen betrifft, so gibt insbesondere das Preussische Landrecht eine sehr befriedigende Definition:

„Vergleiche sind Verträge, durch welche die Parteien die bisher unter „ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte dergestalt bestimmen, „dass wechselseitig etwas gegeben oder nachgelassen wird."

Fast gleichlautend ist die Begriffsbestimmung des österreichischen Gesetzbuchs (a. 1380), nur dass es schon von Anfang an den Vergleich als einen „Neuerungsvertrag" charakterisirt — eine Bezeichnung, die nur in einem ganz beschränkten Sinne richtig und leicht geeignet ist, die wahre Auffassung desselben zu verrücken[18].

---

15) Es fehlt hier die Berücksichtigung des den Vergleich vor dem unbedingten Verzicht characterisirenden Moments der Gegenseitigkeit des Nachgebens.

16) Den eigentlichen Sinn dieses Beisatzes gegenüber dem schon völlig hinreichenden „mittels gegenseitigen Nachgebens" vermögen wir nicht einzusehen; entweder sind beide Ausdrücke identisch gemeint, und dann ist es eine für eine Definition am wenigsten passende unnütze Tautologie; oder der letztere will mehr sagen, als der erstere, dann führt er zu schiefer Auffassung der Sache.

17) Keine eigentliche Definition soll es wohl sein, wenn Mühlenbruch (§. 477) den Vergleich als eine „Vereinbarung über ein (wenigstens dem Erfolg nach) „zweifelhaftes Rechtsverhältniss" characterisirt.

18) Das Nähere hierüber unten in §. 4.

Am unbefriedigensten definirt der Code civil a. 2044: „la transaction „est un contrat, par lequel les parties terminent une contestation née ou „préviennent une contestation à naitre.“ Wir vermissen hier, abgesehen von der in Vergleichung mit dem römischen Recht viel engeren Fassung des Gegenstandes des Vergleichs [19], insbesondere auch ganz und gar die Berücksichtigung des Moments der Gegenseitigkeit. Die französische Jurisprudenz hat jedoch, wie Merlin in seinem Repertoir (mot „transaction“) nachweist, zu aller Zeit das gegenseitige Nachgeben der Parteien als wesentliches Merkmal im Begriffe des Vergleichs betrachtet und darum denselben wesentlich auf der römischen Grundlage forterhalten.

II. Rechtliche Natur des Vergleichs.

§. 3.

1. Verschiedene Auffassungen.

Einen richtigen Einblick in die juristische Natur des Vergleichs zu gewinnen, ist in eben dem Maasse schwierig, als unerlässlich für eine gedeihliche Behandlung des Instituts.

Von der Schwierigkeit, zu einem richtigen Verständniss des Vergleichs durchzudringen, geben Beweis sowohl die ältere als die neuere Literatur.

Von den Zeiten der Glossatoren bis herab zu Glück bildet es eine der bestrittensten Fragen, ob die transactio des römischen Rechts sich als pactum nudum, oder als Contract characterisire, und im letzteren Falle, ob sie zu den benannten oder unbenannten Contracten zu rechnen sei. Die Frage selbst wurde von Verschiedenen verschieden beantwortet: als siegreiche Meinung ging im Ganzen die mehr eklectische Noodt's (lib. sing. ad ed. Praet. de pact. et transact.) hervor, nemlich: die transactio stelle sich

---

19) Derselbe erscheint hier lediglich als lis, quae vel praesens est („contestation née), vel metuitur („une contestation à naître“), nicht als res dubia in dem weiteren früher angegebenen Sinne.

regelmässig als pactum nudum dar, könne aber allerdings auch als benannter oder unbenannter Contract zur Existenz kommen [1]).

Die neuere Literatur gibt von der Schwierigkeit der Einsicht in die juristische Natur des Vergleichs vor Allem dadurch Zeugniss, dass bis heute noch keine Uebereinstimmung in der Auffassung des allgemeinen Gesichtspuncts stattfindet, von welchem aus der Vergleich zu begreifen und ihm seine Stellung im Systeme anzuweisen ist. Daher die ganz verschiedenartige Locirung der transactio in den verschiedenen Systemen.

Es wird für unsere fernere Untersuchung förderlich sein, diese verschiedenen Ausgangspunkte, die man der Plaçirung des Vergleichs im Systeme zu Grunde legte, kennen zu lernen und unserer Prüfung zu unterwerfen, um dann die Resultate dieser Prüfung, seien sie nun positive oder negative, für unsere eigene Construction der juristischen Natur des Vergleichs nutzbringend zu machen.

Die von uns berücksichtigten, wichtigeren Rechtsysteme stimmen rücksichtlich der systematischen Stellung des Vergleichs sämmtlich darin überein, dass sie denselben ins Obligationenrecht verweisen. Auch Savigny [2]) hat sich noch in neuester Zeit für diese Locirung ausgesprochen.

Allein diese Uebereinstimmung hört sofort auf bei der Beantwortung der Frage: wohin ist der Vergleich im Obligationenrecht zu stellen? Im Grossen und Ganzen [3]) sind es nun aber 2 verschiedene Standpunkte, von denen aus unsere Rechtslehrer den Vergleich behandeln:

---

1) Wir werden unten näher auf diese, für unser heutiges Recht antiquirte Controverse zurückkommen. Vergl. noch darüber Glück Bd. V. S. 4—6.

2) Savigny System Bd. VII. S. 1 u. 2 besonders in den Worten: „die meisten „dieser Institute — er meint darunter alle andern Streitbeendungsmittel ausser den eigentlichsten Urtheilssurrogaten (Geständniss und Eid) — „lassen sich „auf einen Vertrag, also auf Einigung der Parteien zurückführen, alle aber „gehören nicht hieher in das Actionenrecht, sondern in den speciellen Theil „des Rechtsystems, in das Obligationenrecht.“ Savigny wiederholt diese Behauptung gleich hernach mit spezieller Bezugnahme gerade auf den Vergleich: „in dieser Uebereinkunft der Parteien über einen zwischen ihren ur-„sprünglichen Ansprüchen in der Mitte liegenden Punkt liegt augenscheinlich „eine rein vertragsmässige, also obligatorische (?) Umwandlung des bisherigen „Rechtsverhältnisses.“ Vergl. unsere Darstellung in §. 4 und 5.

3) Wie Savigny diese Frage beantworten und von welchem Ausgangspunkt des Obligationenrechts aus er den Vergleich behandeln werde, lässt sich aus den obigen Sätzen mit Bestimmtheit nicht ermitteln; wir sehen darum mit grosser Begierde dem Erscheinen jenes Theiles seines Obligationenrechts entgegen, welcher uns Aufschluss darüber geben wird.



I. Der eine Gesichtspunkt ist der, ihn als einen besondern Aufhebungsmodus von Schuldverhältnissen (modus tollendi obligationes) aufzufassen und demgemäss im allgemeinen Theil des Obligationenrechts unter den Aufhebungsgründen der Obligationen zu behandeln. Diese Auffassung liegt zu Grunde den Systemen von Arndts, Puchta, Mühlenbruch und Andern.

II. Der andere Gesichtspunkt ist der, den Vergleich als Consensualcontract des neuern Rechts aufzufassen und darum im speziellen Theile des Obligationenrechts in der Reihenfolge der einzelnen, insbesondere gegenseitigen Schuldverträge zu behandeln. Diese Auffassung liegt im Wesentlichen (abgesehen von geringeren Verschiedenheiten bei der Rubricirung im Einzelnen) den Systemen von Schweppe, Seuffert, Wening-Ingonheim, Vangerow und Göschen zu Grunde.

Unsere nächste Aufgabe ist nun nach Obigem die, zu prüfen, ob und inwieweit eine jede dieser Auffassungen die rechtliche Natur des Vergleichs zu characterisiren vermöge.

§. 4.

2. Der Vergleich als Aufhebungsart von Obligationen betrachtet.

Wenn man den Vergleich unter die Aufhebungsarten der Obligationen stellt, so will man denselben zunächst als vertragsmässige Aufhebung von Forderungen angesehen wissen gegenüber der wirklichen Zahlung und ihren Surrogaten, man stellt ihn von hier aus unter die „befreienden Verträge.“ Sodann anerkennt man, dass der Vergleich nicht schlechthin befreie, wie der reine Erlassvertrag, sondern dass immer an die Stelle der durch den Vergleich aufzuhebenden Forderung ein Neues trete, also eine Art Novation vorgenommen werde[1]).

---

1) Arndts deutet dieses an dadurch, dass er unter dem gemeinsamen Rubrum „bedingt befreiende Verträge“ zuerst die Novation, dann den Vergleich und endlich das Compromiss behandelt. Bis zur Uebertreibung wird dieses Moment der Rechtsverwandlung betont von Mühlenbruch, indem er unter dem gemeinsamen Rubrum der „Novation“ den Vergleich und die Delegation als „zwei besonders auszuzeichnende Arten der Novation“ behandelt. Soviel uns bekannt, hat in der Terminologie des röm. Rechts das Wort novatio, besonders wenn von vertragsmässiger Neuerung die Rede ist, einen ganz präcisen Begriff als die in Stipulationsform geschehende Eingehung einer neuen Obligatio mit der Absicht und Wirkung, im nemlichen Moment und

Die nun vorzunehmende Prüfung der Haltbarkeit dieses Gesichtspunktes für die Erkenntniss der rechtlichen Natur des Vergleichs wird sich vorzugsweise an die Beantwortung folgender 3 Fragen anlehnen:

I. Kann der Vergleich als Aufhebungsgrund von Schuldverhältnissen in Betracht hommen?

II. Ist er immer und nothwendig verbunden mit einer Aufhebung von Obligationen? und

III. Gibt dieser Gesichtspunkt wenigstens die Hauptseite für die Erkenntniss der rechtlichen Natur des Vergleichs an?

I. Wir stehen nicht an, die erste Frage unbedingt zu bejahen; eine Verneinung derselben ist gar nicht denkbar, ohne in den entschiedensten Widerspruch mit unsern Quellen zu treten, welche uns eine Reihe von Beispielen dafür vorführen, nicht nur dass durch den Vergleichsvertrag die bestrittenen Schuldverhältnisse selbst ganz oder theilweise gelöst, sondern dass auch ganz unstreitige Schuldforderungen transactionis causa erlassen werden können[2]).

Act die seither an ihrer Stelle bestandene zu zerstören. Dieser technische Begriff der novatio kann nun aber offenbar nicht auf den Vergleich herübergenommen werden, der (auch bei denRömern) weder der Stipulationsform bedurfte, noch nothwendig eine obligatio (jedenfalls nicht eine bereits begründete und als solche anerkannte) aufhebt, noch immer eine neue Schuldforderung als Resultat des geschlossenen Vertrags hervorgehen lässt. Mühlenbruch sucht zwar durch 2 Stellen die Novationsnatur des Vergleichs zu belegen, nemlich durch l. 7. §. 1. D. h. t. et l. 68. §. ult. D. de fidej. (46 1.) — allein beide Stellen sagen nichts weiter, als dass „liberato reo transactione, fidejussores non possunt convenire" — ein Satz, der sich aus der accessorischen Natur der Bürgschaftsschuld von selbst ergibt: dass jedoch der Vergleich des Hauptschuldners eine wahre Novation enthalte, davon ist in keiner Stelle auch nur mit einer Sylbe gesprochen. Wenn aber Mühlenbruch den Ausdruck „novatio" als eine Collectivbezeichnung für alle möglichen Arten von Rechtsverwandlung gebrauchen will, so ist eine solche Abweichung vom hergebrachten Sprachgebrauch zum mindesten nicht gerechtfertigt und um so mehr zu vermeiden, als sich sehr leicht an falsch gebrauchte Bezeichnungen auch falsche Begriffe und Consequenzen knüpfen, wie es auch in der That in concreto der Fall war, insofern man dem Vergleich von seiner Novationsnatur aus Wirkungen zuschrieb, die demselben nimmermehr zukommen.

2) Ein Beispiel der ersten Art ist, wenn A. eine Forderung an den B. von 100 fl. macht, dieser sie bestreitet und nun A. gegen eine anderweitige Abfindung seinen Anspruch ganz oder theilweise aufgibt. — Ein Beispiel der zweiten Art ist, wenn A. einen bestrittenen Anspruch auf einen von B. besessenen fundus, dagegen B. eine unbestrittene Forderung auf 50 fl. gegen A. hat, und nun Beide ihre gegenseitigen Ansprüche im Wege des Vergleichs aufgeben.

II. Die zweite Frage dagegen „ob der Vergleich immer und noth-„wendig Obligationen aufheben müsse," glauben wir ebenso entschieden verneinen zu dürfen, und zwar aus folgender Doppelerwägung:

1) Die Aufhebung (resp. das Aufgeben) einer obligatio setzt das (wenigstens prätendirte) Vorhandensein einer solchen voraus: indem man nun den Vergleich unter die Aufhebungsarten von Obligationen stellt, beschränkt man auch von selbst das Gebiet desselben auf das der Schuldverhältnisse. Es sind nun aber in der That die vorerwähnten Schriftsteller selbst nicht gemeint, einen Vergleich über dingliche Klagen (sachen-, erbrechtliche, Präjudicialklagen) zu negiren. Es wäre dies auch Angesichts unserer Quellen, welche in einer Reihe von Stellen [3]) Vergleiche letzterer Art erwähnen, eine pure Unmöglichkeit. Ist dem aber wirklieh so, dann dürfte unser Bedenken gerechtfertigt sein, den Vergleich nicht ins Obligationenrecht unter die Aufhebungsgründe von Obligationen zu placiren. [4])

2) Das andere Bedenken, das wir gegen jene Auffassung des Vergleichs haben, hat die Richtung, dass es uns als unhaltbar erscheint, dem Vergleich immer liberatorische Wirkung zuzuschreiben. Wir können uns

---

3) Vergl. l. 2. 9. 10. 11. 43. Cod. h. t.

4) Allerdings könnte man uns mit einem Einwand entgegenkommen; man könnte fragen, ob z. B. der Besitzer einer Sache, der sie ohne rechtfertigenden Grund lediglich pro possessore besitzt, nicht ebenso zur Restitution derselben an den sie einbegehrenden Eigenthümer verpflichtet sei, als wenn er ihm die Leistung derselben versprochen hätte? Die Frage hat insofern etwas Verfängliches, als wir die juristische „Pflicht" des Besitzers zur Restitution nicht in Abrede stellen können; allein eine ganz andre Frage ist noch immer die, ob für ihn eine obligatio zur Herausgabe derselben im ersten Falle ebenso bestehe, als im zweiten? Und diese Frage ist gewiss zu verneinen; wir sehen dort keine auf eigenen Füssen stehende Verpflichtung, sondern das Eigenthum ist ihr alleiniges Fundament, und sie die pure Consequenz desselben, „man sieht nicht sie allein, sondern vor, unter und über ihr das Ei-„genthum, ein Recht, vor dem sie als blosse Consequenz ganz in den Hinter-„grund tritt" (wie Brinz, krit. Bl. Nr. 3. sehr treffend bemerkt). Von Aufhebung einer wirklichen obligatio, als eines von Anfang an auf eigenen Füssen stehenden Schuldverhältnisses, kann man darum nur dann reden, wenn die aufzuhebende Verpflichtung von Anfang an als Schuld sich darstellt. Allerdings kann auch im andern Fall von einem Verzicht des Eigenthümers auf die Geltendmachung seines Eigenthumsrechts zu Gunsten des Besitzers gesprochen werden; allein durch diesen Verzicht wird überall keine obligatio, sondern nur die dem Eigenthümer zustehende actio aufgehoben.

Vergleiche denken, bei denen der juristische Blick nach keiner Seite hin ein Aufgeben [5]) von Ansprüchen gewahrt [6]).

5) Man mnss hier nur den juristisehen Bcgriff des „Verzichts auf Rechtsansprüche" unterscheiden von dem lediglich öconomischen des Nachgebens nnd Einbüssens: das Letztere muss nicht gerade in der Gestalt eines Verziehts, sondern kann ebensogut auch in der Form dcr Uebernahme einer Verbindlichkeit bewerkstelligt werden.

6) Z. B. A erhebt eine Forderung gegen B auf 1000, B negirt dieseu Anspruch; anstatt nun ein richtiges Urtheil darüber entscheiden zu lassen, einigen sieh beide im Vergleichswege dahin, dass B die Fordesung des A anerkennt, und dafür A den B. mit einem fundus abfindet. Dass hier alle Voraussetzungen eines wirklichen Vergleichs gegeben sind, steht ausser allem Zweifel; und doch merkcn wir nirgends etwas von dem vertragsmässigen Aufheben einer obligatio: im Gegentheil es wird ein Anspruch anerkaunt, ausser Streit gesetzt. Allerdings kommt hier noch etwas Weiteres in Betracht, was mit dem römisehen Formalwesen zusammenhängt: wenn nemlich eine vorher bestrittene Forderung nunmehr vom Schuldner im Vergleichswege anerkannt wurde, so pflegten diess die Römer grösserer Sicherheit halber regelmässig in der Weisc zu bewerkstelligen, dass die alte Forderung durch Acceptilation getilgt und nun dic neue an ihrer Statt durch Stipulation begründet wurde. Hier konnte man allerdings sagen, es sei durch den Vergleich die altc obligatio aufgehoben und eine ncue an ihrer Statt begründet worden. Allcin dabei ist ein Doppeltes nicht zu vergessen: einmal, dass dics auch bei den Römern nur Form war, indem dann die neue obligatio doeh materiell die nemlichc war, wie die alte (nur klagte man jetzt aus der Stipulation, nicht mehr aus dem der früheren obligatio zu Grunde gelegenen Rechtsverhältniss); sodann, dass für unser heutiges Recht, das eine solche Formaltheorie nicht mehr kennt, jene römische Betrachtungsweise nicht mehr zulässig ist, wie sich schon daraus ergibt, dass, wenn z. B. die nunmehr ausser Streit gesetzte obligatio vorher durch Pfänder oder Bürgen gesichert war, dicse Accessionen nun keineswegs als durch den Vergleich beseitigt gelten können, soferne nieht ein solcher Willc der Parteicn erkennbar vorliegt. Vielmehr ist für unscr Rechtsbewusstscin die durch den Vergleich ausser Streit gesetzte obligatio die nemliche, die sie auch vorher war; der Gläubiger hat die Wahl, ob er aus dem Vergleiche klagen, oder die alte obligatio (z. B. mit der Kaufklage etc.) geltend machen wolle, soferne er mit der letzteren nnr nicht mehr und nichts Anderes verlangt, als ihm durch den Vergleich zugestanden worden. Diese Auffassung hat ihr vollkommenes Analogon in der Urtheilsklage, mit welcher ja auch electiv die Klage aus dem ursprünglichen durch das Urtheil ausser Streit gesetzten Verhältnisse concurrirt, so dass man, wenn das Urtheil lediglich eine obligatio als wirklich begründet anerkennt, im justin. Rechte wenigstens nicht von einer Aufhebung der früheren durch die aus dem Judicat entspringeude sprechen kann (s. g. novatio necessaria).

III. Es entsteht nunmehr noch die Frage, ob denn jener Gesichtspunkt (den Vergleich als Aufhebungsart von Obligationen zu betrachten) wenigstens die Hauptseite für die Erkenntniss der juristischen Natur desselben anzugeben vermöge? Auch diese Frage scheint verneint werden zu müssen.

Zwar dürfen wir nicht in Abrede stellen, dass der liberatorischeVertrag eine sehr häufige Anwendung bei dem Vergleiche findet, und dass der Vergleich, insoferne er seiner Tendenz nach immer an die Stelle eines ungewissen Rechtsverhältnisses ein gewisses setzt, eine innere Verwandtschaft mit der Novation hat, welche Arndts mit dem Vergleich unter der Rubrik „bedingt befreiende Verträge" zusammenfasst. Allein die eigenthümliche Natur des Vergleichs — nemlich an die Stelle von ungewissen insbesondere streitigen Rechtsverhältnissen gewisse und unbestrittene zu setzen — wird durch jene Auffassung des Vergleichs so wenig getroffen, dass sie vielmehr erst in die Definition hineingetragen werden muss, anstatt von ihr aus den Ausgangspunkt für die ganze systematische Locirung und Behandlung des Instituts zu nehmen[7].

§. 5.

3. Der Vergleich als Consensualcontract des neueren Rechts betrachtet.

Das Unbefriedigende der eben dargestellten Auffassung des Vergleichs mag Veranlassung gegeben haben, dass eine grosse Anzahl namhafter Rechtsgelehrten[1]) gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und den Vergleich, anstatt ihn, wie jene, als Aufhebungsart von Obligationen zu betrachten, unter die Schuldcontracte, insbesondere unter die zweiseitigen[2]),

---

7) Der Fehler liegt also darin, dass man von einem unwesentlichen, blos zufälligen Moment ausgegangen ist, anstatt ihm blos bei der Darstellung der verschiedenen Nuancen des Vergleichsinhalts die hier ihm gebührende Rechnung zu tragen.

1) Siehe die oben in §. 3. Genannten.

2) Im Einzelnen herrscht allerdings eine Verschiedenheit unter ihnen bei der Locirung des Vergleichs. Göschen schafft eine eigene Kategorie von „andern Hauptverträgen," unter denen er alle zusammenfasst, für die er an andern Plätzen seines Systems keinen Raum findet (die Schenkung, Spielverträge und Wetten, und den Vergleich nebst Compromiss). Wening behandelt den Vergleich in der Reihe der „wesentlich zweiseitigen Obligationen." Holzschuher stellt ihn unter die „accessorischen Verträge" neben die Intercessionen. Schweppe behandelt den Vergleich unter der grösseren Kategorie

gestellt haben. Der Vergleich erscheint hier als obligatorischer Vertrag im engern Sinne, d. h. als Schuldvertrag, als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen.

Indem wir nun auch diese Betrachtungsweise unserer Prüfung unterstellen, legen wir auch hier die nemlichen 3 Fragen zu Grunde und beginnen mit der Beantwortung der ersten:

I. Kann der Vergleich als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen in Betracht kommen?

Auch hier unterliegt die Bejahung derselben ebensowenig einem Zweifel, als die Bejahung der liberatorischen Wirkung des Vergleichs im vorigen Paragraphen. Ja es kann auch hier nicht blos auf der einen Seite ein Schuldverhältniss, das prätendirt worden war, ausser Streit gesetzt (also für den Fall, dass dasselbe vorher in der That nicht begründet war, neu geschaffen), sondern es kann zugleich auch auf der andern Seite zur Entschädigung des die prätendirte Forderung Anerkennenden eine obligatio erst ganz neu begründet werden [3]).

II. Muss der Vergleich immer und nothwendig obligatorisch wirken?

Diese Frage scheint richtiger verneint werden zu müssen, obwohl hier ebenso, wie bei der ihr correspondirenden des vorigen Paragraphen, manche feine Bedenken zu entkräften sind. Indirect ist die Verneinung schon in der Erörterung des §. 4 enthalten, insofern wir dort anerkannt haben, dass ein Vergleich durch Verzicht nicht nur auf der einen, sondern geradezu auf beiden Seiten bewerkstelligt werden könne [4]). In einem sol-

---

der „pacta nuda" neben Schenkung, Intercession und Spiel- und Wettvertrag u. s. w. Seuffert schafft ein eigenes Rubrum „Verträge zur aussergerichtlichen Beseitigung zweifelhafter Rechtsverhältnisse", unter das er Vergleich, Eid und Compromiss zusammenstellt.

3) Z. B. A. behauptet, dass B. verpflichtet sei, ihm das Eigenthum eines fundus zu übertragen; B. bestreitet diese Verpflichtung: sie einigen sich nun im Vergleichswege dahin, dass B. jene obligatio anerkennt, zugleich aber A. dem B. eine bestimmte Summe promittirt. Hier erscheint der Vergleich als vollkommener Schuldcontract, ganz zu vergleichen mit einem Kaufe, nur dass die obligatio (ad dandum fundum) auf der einen Seite möglicherweise schon vorher begründet war und jetzt nur ausser Streit gesetzt wurde.

4) Unsere Quellen selbst geben uns in der l. 11. Cod. h. t. ein recht anschauliches Beispiel hiefür. Der Fall, den diese Stelle behandelt, ist folgender: ein Vater hatte seine beiden Söhne zu Erben eingesetzt, jedoch je den Einen dem Andern für den Fall des kinderlosen Todes desselben fideicommissarisch substituirt. Es lagen also wechselseitige bedingte (und darum noch ungewisse)

chen Fall sieht man überall nicht ein, wie von einem Schuldvertrage, und gar von einem zweiseitigen Schuldvertrage gesprochen werden möge, da der Vergleich geradezu durch das Gegentheil des Obligirens, nemlich durch Liberiren, bewirkt wird.

Allein von zwei Seiten her könnte man und hat man auch in der That hin und wieder versucht, die obligatorische Natur des Vergleichs auch in Fällen dieser letzteren Art zu retten.

Das erste Argument schöpft man aus dem eigenthümlichen Character des römischen pactum de non petendo, nicht eine Aufhebungsart, sondern vielmehr eine Begründungsart von Obligationen zu sein [5]). Allein abgese-

---

Ansprüche vor. Die eingesetzten Brüder, um diese Rechtsungewissheit zu beseitigen, verglichen sich nun in der Weise, dass sie gegenseitig auf ihre bedingten Ansprüche Verzicht leisteten. Hier wurde also ein wirksamer Vergleich eingegangen durch ein beiderseitiges pactum de non petendo.

5) Diese Natur des p. d. n. p. wird vorzüglich vertreten von Völderndorff-Waradein in seiner Abhandlung über „die Lehre vom Erlass.“ Er weist hier rechtsgeschichtlich nach, dass das alte pactum, ursprünglich identisch mit pactum d. n. p., gar nichts mit der streitigen obligatio als solcher zu thun hatte, sondern lediglich den Kläger verpflichtete, von der ferneren processualischen Geltendmachung des Anspruchs abzustehen. Völderndorff vindicirt nun diese Auffassungsweise des p. d. n. p. auch noch für das neuere röm. resp. heutige Recht. Auch der neueste Schriftsteller über diese Materie (Scheurl Beiträge Heft II. „über den Erlassvertrag“) bestreitet dem p. d. n. p. den Character eines wahren Erlassvertrages — „der Schuldner wird beim „p. d. n. p. gar nicht freigesprochen, sondern es wird ihm nur eine Gegen„forderung (?) gegeben zu verlangen, dass ihm nichts mehr angefordert werde“ — allein dess ungeachtet muss er das justin. p. d. n. p. als „wirkliche, wenn „auch etwas unvollkommner wirkende Aufhebungsart der Obligationen“ (nicht mehr blos der actio) anerkennen.

In der That es widerstrebt unserm Rechtsgefühl, dass der Gläubiger, der einen obligatorischen Anspruch aufgeben will, zu dem Behufe eine obligatio als Gegenschuldverpflichtung eingehe; der seitherige Schuldner soll durch das mit dem Gläubiger eingegangene p. d. n. p. nicht Gläubiger seines Gläubigers werden, sondern die Intention desselben geht lediglich dahin, von dem bisherigen obligatorischen Bande los zu kommen: kurz, man will keine neue obligatio (ad non petendum) begründen, sondern die bestehende in ihrer Wirksamkeit hemmen. Dass dies in der That auch die Auffassung des neuern röm. Rechts ist, geht zu Genüge aus der Reihe von Gesetzesstellen hervor, welche gestatten, auch das irrthümlich ungeachtet eines geschlossenen p. d. n. p. Gezahlte als indebitum zu condiciren: wie wollte man sich diese Condicirbarkeit des so Gezahlten als eines indebitum erklären, wenn das p. d. n. p. die seitherige obligatio gar nicht tangirte, sondern blos eine obligato-

hen davon, dass dieser Argumentation eine unstichhaltige Auffassung des p. d. n. p. zu Grunde zu liegen scheint (s. Note 5), so übersieht man dabei, dass wir heutzutage ja gar kein formelles Kriterium mehr haben, ob ein Verzicht auf eine Forderung als römisches p. d. n. p. oder als Acceptilation d. i. als völlige Vernichtung des obligatorischen Anspruchs gemeint sei? Dass man im letzteren Falle wenigstens nicht von einem obligatorischen Vertrag reden könne, ist von selbst klar.

Allein hiemit kommen wir zu dem andern Versuch, den Gesichtspunkt des Schuldvertrags für den Vergleich zu retten. Man stellte nemlich Vergleich, Eid, Compromiss unter ein und demselben Rubrum zusammen „Verträge zur aussergerichtlichen Beseitigung zweifelhafter Rechtsverhältnisse". Es scheint hier folgender Gedanke zu Grunde zu liegen: da es Sache des freien Willens der Parteien ist, ob sie ihren Rechtshandel auf dem Wege der Güte, anstatt auf dem des Gerichts, austragen wollen, so bedarf es, um den ersteren Weg zum alleinigen zu machen, vor Allem eines obligatorischen Consenses; dieser stellt sich nun beim Compromiss als ein von der eigentlichen Streitentscheidung abgesondertes Geschäft dar, bei der transactio fällt er zwar regelmässig mit der Streitbeseitigung selbst zusammen, kann aber wenigstens in der Abstraction als ein immerdar obligatorischer Bestandtheil aus dem im Uebrigen auch liberatorischen Vergleichsinhalt herausgenommen werden. Allein es bedarf keines sehr tiefen Nachdenkens, um das Unstichhaltige dieses anfänglich bestechenden Raisonnements zu erkennen. Das *πρωτον ψευδος* dabei ist, dass nicht unterschieden wird zwischen Vergleich (transactio im eigentlichen Sinn) und zwischen pactum de transigendo [6]).

Hienach dürfte es gerechtfertigt sein, dass wir vorhin die zweite Frage verneint und somit dem Vergleich die obligatorische Bedeutung als eine absolut nothwendige abgesprochen haben [7]).

---

rische, nicht eine liberatorische Kraft entwickelte? Doch wir werden sowohl im folgenden §., als in einem späteren Kapitel unserer Spezialuntersuchung des Vergleichs nochmals auf diese Frage zurückkommen.

6) Wenn A. und B. in einem Vindicationsprocesse um einen fundus sich dahin vereinbaren, im Wege der Güte ihren Streit auszutragen, so ist dadurch noch kein Vergleich geschlossen, sondern erst darauf hingewiesen; der Vergleich (i. e. S.) ist der Vertrag, der die streitigen Verhältnisse beseitigt, nicht der Vertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, ihren Rechtshandel vermittels gegenseitigen Nachgebens zu beseitigen.

7) Wir stellten bisher der obligatorischen Wirkung des Vergleichs lediglich die

III. Gibt die Auffassung des Vergleichs als eines Schuldvertrags wenigstens die Hauptseite für die Erkenntniss der juristischen Natur desselben an?

Die bisherige Erörterung involvirt schon stillschweigend die Verneinung auch dieser letzten Frage. Die Gründe sind im Wesentlichen die nemlichen, die uns die correspondirende Frage auch des vorigen Paragraphen verneinen liessen. Das Verdienst dieser Locirung des Vergleichs ist in der That lediglich ein negatives, insofern sie das Unbefriedigende der Auffassung des Vergleichs als einer Aufhebungsart von Obligationen klar machte; allein indem sie dieses that, verfiel sie, positiv werdend, gerade in denselben Fehler, sie schloss sich keineswegs etwa an die wahre Eigenthümlichkeit des Wesens der transactio an, sondern nahm zum Ausgangspunkte der Systematisirung eine andre zufällige Erscheinungsform des Vergleichs, nemlich die eines Schuldvertrags. Fragen wir, welcher von beiden als verfehlt erkannten Gesichtspunkten doch noch den Vorzug verdiene, so möchten wir am Ende eher dem von **Arndts**, **Puchta**

---

liberatorische als eine mit jener ganz gleichberechtigte gegenüber. Wir dürfen wohl auch noch einen Schritt weiter gehen und anerkennen, dass ein Vergleich auch durch unmittelbares Ueberlassen von Sachen resp. Bestellung von dinglichen Rechten bewerkstelligt werden könne. Z. B. A. verzichtet auf das von ihm prätendirte Eigenthum eines Grundstücks, wofür ihm B. sofort im Vergleichsvertrag das dingliche Niessbrauchsrecht an einem dem B. eigenthümlich angehörenden fundus einräumt. Es ist hier durchaus nicht die Nothwendigkeit gegeben, die Bestellung des dinglichen Rechts erst als Erfüllung einer vorher da gewesenen obligatio ad dandam servitutem aufzufassen. Es hätte dies besonders im röm. Recht, wo das nudum pactum keine (jedenfalls keine civilrechtliche) obligatorische Wirksamkeit hatte, einen höchst wichtigen Unterschied begründet, ob der Vertragswille der Parteien blos auf die Erzeugung einer obligatio, oder direct auf die Bestellung des dinglichen Rechts gerichtet war, indem im ersteren Fall wegen mangelnder Einklagbarkeit der obligatio die transactio nur eine unvollkommene gewesen wäre (s. im 2. Abschnitt das III. Kapitel), während sie im letzteren Fall als vollkommen wirksam, weil mit Klagschutz für das bestellte dingliche Recht versehen, erschien. Allerdings ist für das heutige Recht mit der römischen Formtheorie auch die obligatorische Kraftlosigkeit des pactum nudum und damit auch die eben berührte Bedeutung des Unterschiedes einer auf sofortige unmittelbare Constituirung des dinglichen Rechts und einer auf blosse Obligirung gerichteten Willensmeinung weggefallen: damit aber keineswegs der Unterschied selbst, der sich noch immer darin practisch erweist, dass im ersteren Fall die dingliche Confessorienklage, im zweiten blos eine persönliche Klage auf Bestellung der Servitut dem Transigenten zu Gebote steht.

und Andern aufgestellten darum den Vorzug geben, weil er die dem Vergleich inwohnende Tendenz der Rechtsverwandlung noch am meisten berücksichtigt. Die Placirung des Vergleichs in der Reihe der Schuldverträge lässt sich, abgesehen von den oben enthüllten Irrthümern, nur etwa aus einer Art Verzweifelung erklären, für den nirgends festzuhaltenden, bald in die Entstehung, bald in die Aufhebung von obligatorischen Verhältnissen, bald in das unmittelbare Sachenrecht hineinspielenden Proteus eine richtigere Stellung im System zu entdecken. Was war da Besseres zu thun, als mit einer Art von Resignation ihn jenen Verträgen zuzutheilen, welche man lange Zeit als die alleinigen ansah und mit Bezug auf welche die ganze Vertragstheorie vornehmlich ihre Entwicklung erhielt, nemlich den obligatorischen?

Wir haben nun unserm Plane gemäss in den vorstehenden Paragraphen geprüft; wir sind wesentlich nur zu negativen Resultaten gelangt. Sind wir nun auch im Stande, ein Positives an die Stelle des Negirten zu setzen, aufzubauen, wo wir umgestossen haben? Es wäre Vermessenheit mit einem unbedingten „Ja“ zu antworten; jedoch einen Versuch der Lösung zu wagen, dürfte nicht nur erlaubt, sondern dem wahren Jünger der Wissenschaft geradezu Pflicht sein. Wir gehen darum im Folgenden zur selbständigen Beantwortung der Frage über:

„Welche Momente characterisiren die rechtliche Natur des Vergleichs.“

§. 6.

4. Eigene Construction der rechtlichen Natur des Vergleichs.

Zwei Grundfehler sind es, welche einer jeden der bis dahin untersuchten Auffassungsweisen des Vergleichs ankleben: einmal, dass wesentlicher Character und zufällige Darstellungsform nicht gehörig unterschieden sind, sodann, dass man den Vergleich als ein einfaches, einzelnes Rechtsgeschäft von fixer Form, wie etwa den Kaufvertrag oder die Novation, begreifen zu können geglaubt hat. Weil man einen an sich wohl berechtigten, aber einseitigen und untergeordneten Gesichtspunkt zum allgemeinen und primären erhob, so musste auf diesem Wege die juristische Natur des Vergleichs, anstatt zum klaren Bewusstsein zu kommen, eher verdunkelt werden.

Der Weg, den wir nunmehr einzuschlagen gedenken, ist ein anderer: an der Hand der in §. 2. auf Grund sicherer Quellenaussprüche construirten

Definition suchen wir, in der Bewegung vom Allgemeinen dem Vergleich mit andern Instituten Gemeinsamen zum Speziellen ihm allein vor jenen andern Eigenthümlichen, die characteristische Natur der transactio zu erkennen.

I. „Der Vergleich ist ein Vertrag" — dieses ist wohl der allgemeinste Gesichtspunkt, welchen für den Vergleich aufzustellen der Mühe wirklich sich lohnt. [1]). Der Vertrag in seiner weitesten Bedeutung als „übereinstimmende Willenserklärung Mehrerer, wodurch ihre Rechtsverhält- „nisse bestimmt werden" — hat im Gebiete des Vermögensrechts (diese Richtung des Vertrags ist für unsere gegenwärtige Betrachtung von vorzüglichem Interesse, weniger der familien- und öffentlich-rechtliche Vertrag, obwohl der Vergleich auch in diesen letzterem Gebieten vorkommen kann) hinwieder eine dreifache Richtung: als obligatorischer (Schuldverhältnisse begründender), liberatorischer (von Rechtsansprüchen befreiender) und sachenrechtlicher Vertrag. Es fragt sich nun: welcher dieser drei Richtungen gehört der Vergleich an? Die Antwort auf diese Frage ist schon in den Erörterungen der §§. 4 und 5 enthalten: der Vergleich ist weder spezifisch obligatorisch, noch spezifisch liberatorisch, noch exclusiv sachenrechtlich, vielmehr dienen ihm alle drei Richtungen, er erfüllt das ganze Gebiet des vermögensrechtlichen Vertrags [2]).

---

1) Man könnte allerdings in der Verallgemeinerung noch eine Stufe höher steigen und den Vergleich als „Privatrechtsgeschäft" fassen — allein ein erspriesslicher Nutzen ist nicht einzusehen, indem der Gegensatz zum Judicat ganz ebenso scharf bezeichnet wird durch die etwas weniger allgemeine Auffassung des Vergleichs als „Vertrag."

2) Das Rechtssystem kennt ausser dem Vergleich noch ein zweites Institut, das, ein Proteus wie dieser, keiner der vorerwähnten drei Grundformen des vermögensrechtlichen Vertrags ausschliesslich sich unterwirft, sondern, indem es wie der Vergleich als causa der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte erscheint (promittere, liberare, dare), das ganze Vertragsgebiet erfüllt. Es ist dies die Schenkung. Bis zu Puchta und Savigny herab herrschte, gerade wie beim Vergleich, in Folge der mangelhaften Erkenntniss des Wesens und der Mannigfaltigkeit der Darstellung die allergrösseste Verschiedenheit der Locirung der Schenkung im System: die Einen behandelten sie bei der Lehre vom Eigenthumserwerb (sie berücksichtigten dabei nur die durch das „dare rem ipsam" perficirten Schenkungen — gewiss im höchsten Grade einseitig!), die Andern stellten sie in die Reihe der Schuldverträge, ohne dabei zu berücksichtigen, dass man nicht minder auch liberando et dando schenken könne. Erst Puchta und nach und mit ihm vorzüglich Savigny haben die eigenthümliche Natur der Schenkung in der Mannigfaltigkeit ihrer Darstellungsweise, und damit zugleich das Unbefriedigende und Einseitige der bis dahin gäng und gäbe gewesenen Behandlungsarten derselben recht eigentlich zum Bewusstsein ge-

Allein es leuchtet ein, dass wir hiemit einen Einblick in die eigenthümliche Natur des Vergleichs noch sowenig gewonnen haben, dass vielmehr auf diesem Standpunkt „Vergleich" und „Vertrag" sich deckende Begriffe wären. Wir suchen darum nach spezificirenden, den Vergleich aus der Congruenz mit dem allgemeinen Vertragsbegriff heraushebenden Merkmalen.

II. „Der Vergleich ist ein oneroser Vertrag" (vgl. oben §. 2. III. b). Dass wir damit den Vergleich durchaus nicht unter die gegenseitigen Schuldverträge gestellt haben wollen, ist theils schon oben §. 2. bemerkt, theils so eben sub I, wo für den Vergleich das ganze Vertragsgebiet vindicirt wurde, näher entwickelt worden. Das Moment der Gegenseitigkeit will nur soviel bedeuten, dass die Willensmeinung der Parteien nicht darauf gerichtet sein dürfe, dem einen Theile schlechthin auf Kosten des andern eine Vermögensbereicherung zuzuwenden: denn in diesem Falle wäre überall kein Vergleich, sondern eine Schenkung (mindestens eine Liberalität) vorhanden [3]. Es nimmt jedoch der Vergleich als ein gegenseitiger Vertrag dadurch vor andern gegenseitigen Verträgen eine eigenthümliche Gestalt an, dass er nicht wie diese als ein einfaches, sondern

---

bracht. (Savigny System Bd. IV: „man ging allseits von der falschen Vor„aussetzung aus, dass die Schenkung ein einzelnes Rechtsgeschäft sei, anstatt „dass sie in der That ein allgemeiner Character ist, welchen die allerver„schiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können; sie gehört darum in den all„gemeinen Theil an die Seite des Vertrags, dem sie durch die Allgemeinheit „ihrer Natur und durch die Mannigfaltigkeit ihrer Anwendungen gleichartig ist.") Savigny hat allerdings die von uns so eben behauptete Gleichstellung des Vergleichs mit der Schenkung dadurch abgewiesen, dass er ausdrücklich (s. oben §. 3) dem Vergleich seine Stellung im Obligationenrecht anweist; allein unsere Erörterungen in §§. 4 und 5 haben unseres Erachtens die Unhaltbarkeit dieser beschränkten Auffassnng nachgewiesen nnd für den Vergleich in der That eine Gleichartigkeit mit der generellen Natur der im Uebrigen wesentlich verschiedenen Schenkung vindicirt. — Eine andere Frage ist jedoch immer noch die, ob es sachgemäss sei, den Vergleich, wie die Schenkung, im allgemeinen Theile „an der Seite des Vertrags, dem sie dnrch die „Allgemeinheit ihrer Natur gleichartig sind," zu behandeln; davon später!

3) Durch die onerose Natur des Vergleichsvertrags ist derselbe also znnächst nur vor den eine Liberalität bezweckenden Vertragsgeschäften, insbesondere vor der Schenkung ausgezeichnet. Von diesem Standpunkte aus würde also der Vergleich als der entgeltliche Vertrag noch neben die Schenkung als den unentgeltlichen im Rechtssysteme gestellt werden können.

regelmässig als ein aus disparaten Elementen zusammengesetztes Geschäft sich darstellt [4]).

III. Der Vergleich ist jedoch nicht der gegenseitige Vertrag, sondern nur ein gegenseitiger Vertrag. Um ihn aus der Congruenz mit allen andern gegenseitigen Verträgen herauszuheben. bedarf es der Erkenntniss dessen, was diesem gegenseitigen Vertrag seinen eigenthümlichen Vergleichscharacter gibt. Worin besteht nun dieses dem Vergleich eigenthümlichste Moment? Ziehen wir unsere Quellen zu Rathe, so geben sie uns darüber

---

4) Es erhellt diess am bessten aus einer kleinen Parallele, die wir zwischen dem Vergleich und zwischen einem Kanfvertrag ziehen. Wenn A. von B. einen fundns um 100 kauft, so entspringen aus dem beiderseitigen Consense sofort zwei Verpflichtungen, wie zwei Ausstrahlungen der nemlichen Quelle, die von Anfang an schon vermöge der Gleichartigkeit ihres Wesens in so enger Wechselbeziehung stehen, dass es uns als durchaus unorganisch erschiene, dieselben, anstatt sie aus der einen Qnelle entspringen zu lassen, in der Abstraction gegen einander selbständig zu stellen und das Kaufgeschäft erst 'aus ihnen zusammenzusetzen. Wenn sich aber in einem Vindicationsstreit A. nnd B. dahin verständigen, dass A. seine Vindication aufgibt und dafür B. 50 promittirt, so kann man hier nicht ebenso wie beim Kauf von einem einfachen und von Anfang an einheitlichen Geschäfte reden, es fehlt hier vielmehr die ursprüngliche Gleichartigkeit der beiderseitigen Prästationen, indem der Eine verzichtet, der Andere sich obligirt (und auch dieses Letztere ist etwas rein Zufälliges, er könnte möglicherweise auch unmittelbar ein dingliches Recht haben); es werden also hier zwei an sich ganz verschiedene Rechtsgeschäfte (Verzicht und Promission) erst in ein gegenseitiges bedingendes Verhältniss zu einander gebracht, das dann den wirklichen „Vergleich" bildet. So wichtig diese Erkenntniss des „zusammengesetzten" Characters des Vergleichs für die tiefere Einsicht in die innere Natur des Instituts selbst ist — erst jetzt versteht man nemlich, wie die Römer diese transactio, die wir heutzutage, besonders in Folge der Formlosigkeit unserer Verträge, als ein einheitliches Geschäft uns vorzustellen gewohnt sind, wie Kauf, Tausch u. s. w., mit Anwendung der ungleichartigsten Rechtsformen geschlossen haben, so dass Aquiliana stipulatio und acceptilatio einseits nnd stipulatio anderseits oft zu Einem negotium (der transactio) verbunden wurden — so wichtig, sagen wir, die Erkenntniss dieses zusammengesetzten Characters der transactio ist, so darf man sich dadurch doch nicht zu falschen Schlnssfolgerungen daraus fortreissen lassen, z. B. als ob die allgemeinen für alle gegenseitigen Geschäfte geltenden Grundsätze ob jener Basonderheit bei der transactio cessirten: sie steht vielmehr in allen diesen Beziehnngen ganz unter den allgemeinen Gesetzen für Verträge überhaupt und für gegenseitige Verträge insbesondere.

auf indirecte wie auf directe Weise — beidemale klar und untrüglich — Aufschluss.

Die indirecte, darum aber nicht minder werthvolle Belehrung, die uns unsere Quellen über die eigenthümliche Natur des Vergleichsvertrags geben, ist enthalten in der besonderen Stellung, welche unsere bezüglichen Quellentitel in der Justinianischen Compilation beziehungsweise in dem, der justin. Sammlung als Typus dienenden Edict des Praetor urbanus erhalten haben.

Der Digestentitel und der Codextitel „de transactionibus" folgen beide unmittelbar auf den Titel „de pactis" und stehen mit dem letzteren nicht etwa in der Reihenfolge den Titel, welche über die vertragsmässige Entstehung oder Aufhebung von Obligationen handeln, sondern sie stehen bedeutsamer Weise ganz vorn in der prima pars, in der processualischen Einleitung, welche unsere Quellen der Darstellung des materiellen Rechts vorausschicken [5]), und zwar direct hinter dem Titel „de edendo", der die erste gerichtliche Verhandlung der Parteien entwickelt. Die in der justin. Compilation aus einander gehaltenen Titel „de pactis" und „de transact." waren aber, wie sich nunmehr fast mit Gewissheit schliessen lässt, ursprünglich, d. i. im prätorischen Edict, zu einem Titel, der entweder blos das Rubrum „de pactis", oder das zusammengesetzte „de pactis et transact." führte, verschmolzen [6]).

Worin besteht nun aber diese durch die besondere Stellung des Transactionentitels vorn in dem processualischen Theil unserer Quellen gegebene indirecte Belehrung über die juristische Natur des Vergleichs?

Die allgemeine Antwort hierauf ist die: dass unsere römischen Quellen

---

5) Vergl. hierüber besonders die mehrfach citirte Abhandlnng von Völderndorff über den Erlassvertrag S. 6—10.

6) Schon Noodt in seinem lib. sing. ad ed. Praet. de pact. et transact. hat dies vermuthet (s. den Eingang des Cap. III. seines Tractats); fast zu völliger Gewissheit ist es erhoben worden von Völderndorff (S. 7—9); Gründe dafür sind vornemlich zwei: erstens die vorjustinianischen Sammlnngen (der Codex Gregor., Hermogen., Theodos.) haben keine gesonderten Titel, sondern den gemeinsamen „de pactis et transact.;" zweitens: während die übrigen, den Titel de transact. umgebenden Titel in ihren Fragmenten wenigstens dem Kerne nach aus ein und dem nemlichen Buche der Edictscommentare geschöpft sind, so ist der Titel „de transact." aus den verschiedensten und ungleichartigsten juristischen Schriften zusammengesetzt — Beweis dafür, dass das Edict selbst keinen eigenen Abschnitt de transact. enthielt, der die Juristen veranlasst hätte, ihre Bemerkungen darüber gerade in einem Commentar zu diesem Abschnitte zu concentriren.

(voraus das Edict) den Vergleich ursprünglich und primär als ein Institut zur friedlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten, also als ein Surrogat des richterlichen Urtheils, gekannt und entwickelt haben.

Wie es sich mit dieser Natur des Vergleichs in der älteren Zeit des römischen Rechts genauer verhalten habe und welches dann der geschichtliche Entwickelungsgang gewesen, darüber lassen sich im Ganzen genommen nur mehr oder weniger sichere Conjecturen aufstellen; dabei hängt, für die ältere Zeit wenigstens, die Lehre vom Vergleich aufs Innigste zusammen mit der vom pactum de non petendo [7]).

Wir schliessen uns im Folgenden den Resultaten der von Völderndorff über das pactum d. n. p. angestellten Untersuchungen an, soweit sie das ältere Recht, also die Geschichte des p. d. n. p. betreffen, nicht soweit sie das justinianische pactum d. n. p. und seine Wirkung angehen [8]).

Schon das Zwölftafelrecht kennt mit Bezug auf Processsachen ein pactum [9]) mit der Wirkung den Process auf gütlichem Wege zu beenden. Dieses pactum der 12 Tafeln darf nun aber für jene Zeit nicht als eine spezielle Anwendung des auch in andern Hinsichten juristische Wirksamkeit besitzenden] formlosen Vertrags (pactio) gefasst werden, sondern als das pactum *κατ' ἐξοχὴν*, d. h. das ältere römische Recht kennt als einen formlosen Vertrag von juristischer Wirksamkeit blos das negative processbeendende pactum, das pactum de non petendo. Allein auch dieses negative pactum (d. n. p.) unterschied sich nach Voraussetzungen wie in der Wirkung wesentlich von dem p. d. n. p. des späteren, insbesondere des justinianischen Rechts: das ursprüngliche pactum war lediglich processualischer Natur, d. h. es konnte nur mit Bezug auf schon vor dem Magistratus (in jure) vorgebrachte Rechtsansprüche angewendet und musste alsdann auch in jure erklärt werden, um die Wirkung zu haben, dem Kläger die fernere Verfolgung seines Anspruchs unmöglich zu machen. Zudem war es Anfangs nur bezüglich auf wahre Rechtsfriedensbrüche anwendbar, dehnte seine

---

7) Der vorerwähnte Pandectentitel „de pactis" handelt fast ausschliesslich vom pactum de non petendo.

8) Vergl. oben §. 5, und den gegenwärtigen §. weiter unten.

9) Die bezügliche Stelle der 12 Tafeln nach den Recensionen von Dirksen lautet: „rem ubi pagunt, orato; ni pagunt ante meridiem, causam conjicito" — nach der Conjectur Völderndorff's würde der Text der Stelle lauten: „rei „ubi pagunt, servato; ni pagunt, ante meridiem causam conjicito." Hinsichtlich der Kritik der seitherigen Lesarten und der Rechtfertigung der eigenen Conjectur vgl. Völderndorff a. a. O. S. 12—20.

Sphäre aber alsdann aus auf Rechtsstreite überhaupt als eigentliches pactum de non petendo.

Die fernere Entwicklung gestaltete jedoch das alte pactum wesentlich um nach einer doppelten Richtung: fürs Erste trat neben das seither allein eine rechtliche Anerkennung und Wirksamkeit geniessende negative pactum nunmehr auch das s. g. positive pactum [10]); zum Andern nahm das negative pactum selbst mit Bezug auf obligatorische Verhältnisse anstatt des früheren rein processualischen Characters nunmehr die Bedeutung einer wahren Aufhebung von Obligationen an [11]).

---

10) Das „pactum" nahm also nun die nniverselle Bedeutung von „pactio" an; wenn man jetzt vom negativen pactum sprechen wollte, so genügte es nicht mehr vom pactum schlechthin zu reden, sondern es musste noch jener unterscheidende Beisatz hinzukommen (als pactum de non petendo). Wie sehr jedoch jener ursprüngliche Zustand nachwirkte, zeigt sich darin, dass wir noch heutzntage von einer exceptio pacti schlechthin sprechen, ohne dass Jemand daran zweifelt, dass darunter die exc. pacti de non petendo gemeint sei. Ueber die Anknüpfungspuncte, die das (negative) pactum für die Erweiterung des Begriffs anch anf die positiven pacta bot, vergl. Völderndorff S. 36 ff.

11) Diese Umgestaltung zeigte sich sowohl in den Voraussetzungen der Anwendbarkeit — ein p. d. n. p. konnte nun nicht mehr blos hinsichtlich rechtsanhängiger Ansprüche, sondern auch ansserhalb des Processes selbst mit Bezng auf ganz und gar unstreitige Ansprüche vorkommen — als in den Wirkungen desselben: es zerstörte die obligatio, wenn anch nicht immer ipso jnre — dies nur mit Bezug auf die Rechtsfriedensbrüche, wo seine Wirksamkeit schon in den 12 Tafeln anerkannt war — so doch ope exceptionis. Diese Wirkung des p. d. n. p., die obligatio selbst und nicht blos die actio anzugreifen wird allerdings von Völderndorff nnd nach seinem Vorgange auch von Rndorff selbst für das neuere Recht geläugnet, (vergl. nota a zu Puchta Pandekten §. 297: „in der That ist das p. d. n. p. überall keine „Aufhebungsart einer obligatio, sondern eine processualische Handlung, ein „Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtsstreit, von welchem „der Vergleich eine species bildet"). Allein die von Völderndorff dafür geltend gemachten Gründe haben blos rechtshistorisch Gewicht und vermögen eine Prüfung im Lichte des klassischen und justinianischen Rechts, wo die Condicirbarkeit des ungeachtet vorhergegangenen p. d. n. p. irrthümlich Gezahlten als eines indebitum ausdrücklich anerkannt wird, nicht auszuhalten (vergl. oben §. 5). Zudem lässt sich durch diesen einmal angenommenen Gesichtspunkt, das p. d. n. p. wirke blos gegen die actio, nicht gegen die obligatio, Völderndorff zu offenbar unrichtigen Consequenzen verleiten, so namentlich hinsichtlich der Wirkung des p. d. n. p. in der Correalobligation (vergl. dessen Abh. S. 44).

Es erhebt sich nun die Frage, in welchem Verhältniss die transactio einmal zu dem ursprünglichen, und sodann zu dem fortentwickelten pactum gestanden sei?

Es hat nun aber eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für sich, dass das alte processualische pactum sich zur transactio in der That wie das genus zur species verhalten habe, so dass die vertragsmässige Beendung eines obwaltenden Rechtstreits durch eine in jure geschehende Erklärung der Parteien dann als transactio characterisirt wurde, wenn sie nur gegen Entschädigung des Klägers für seine Litisdesistenz geschah, während das pactum schlechthin von dieser Entschädigung des Klägers abstrahirt [12]).

Allein in eben dem Masse, als das pactum im Laufe der Entwickelung eine Umgestaltung erfuhr, musste dieselbe auch auf die transactio und ihr Verhältniss zum pactum rückwirken. Vorerst wurde auch die transactio mit dem pactum aus einer processualischen Handlung zu einer aussergerichtlichen. Allein während das pactum seine Beziehung auf den Process so sehr verlor, dass es ohne alle Rücksicht auf gerichtliche oder aussergerichtliche Bestreitung vorkommen konnte und mit Bezug auf obligatorische Ansprüche geradezu zur materiellen Aufhebungsart von Obligationen wurde, so blieb dagegen der transactio die Erinnerung an den ursprünglichen Character doch noch insoferne, dass man nicht über jegliches ganz und gar gewisse und unstreitige Verhältniss transigiren konnte, vielmehr bestand die Erweiterung der Sphäre der transactio zunächst nur darin, dass der Streit, der immerhin noch vorausgesetzt wird, gerade noch kein gerichtsanhängiger (reelle lis) sein musste, sondern schon der timor litis (potentielle lis) genügte, eine transactio zu rechtfertigen [13]).

---

12) Völderndorff will diese Vermuthung schon etymologisch rechtfertigen, indem er in dem transigere (transagere) ein „Hinüber- und Herüberhandeln" der Parteien erblickt über das, was der desistirende Kläger von dem Beklagten an Abfindungs Statt erhalten solle. Ein weit sichereres Zeugniss für dieses Verhältniss der transactio zum pactum liefert jedoch die Vergleichung des oben erwähnten 12 Tafelfragments mit einem in die justinianische Compilation aufgenommenen Fragment aus des Gajus Commentar zu den 12 Tafeln; während nemlich das erstere lautet (nach der Conjectur von Völderndorff): „rei ubi pagunt servato, ni pagunt ante meridiem causam conjicito," so sagt Gajus in der l. 22 §. 1. D. de in jus voc. (2, 4.): „qui in jus vocatus est, „duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendet, et si dum „in jus vocatur, de re transactum fuerit" — Beweises genug, dass pactum und transactio keineswegs generisch verschiedene Institute, dass sie vielmehr ein und dasselbe und die transactio nur ein qualificirtes pactum war.

13) Allerdings erhielt das Gebiet des Vergleichs noch eine weitere, über die

Zum Andern war es zwar, solange das „pactum" lediglich die formelle Bedeutung einer processualischen Handlung hatte, durch die der anhängige Process für immer beendet wurde, durchaus gerechtfertigt, die transactio als species des pactum (d. n. p.) zu begreifen; allein nachdem im Laufe der geschichtlichen Entwickelung das pactum zum liberatorischen Vertrag, zur materiellen Aufhebungsart von Obligationen geworden war, so ging diese Auffassung nicht mehr an, wenn man nicht die transactio selbst nur in Gestalt des liberatorischen Vertrags für möglich erklären wollte [14]); das pactum de non petendo ist jetzt nur mehr eine der Formen, in denen der Vergleich zur Existenz kommen kann.

(gerichtlich oder aussergerichtlich) streitigen Ansprüche hinausreichende Ausdehnung, indem man, blos vom Moment der Ungewissheit ausgehend und den allgemeinen Zweck des Vergleichs gewisse Rechtsverhältnisse herzustellen allein berücksichtigend, überhaupt jeden Vertrag, der an die Stelle ungewisser Rechtsverhältnisse gewisse setzte, als Vergleich characterisirte, also ganz davon absah, ob die Parteien dabei an eine Process-Verhütung oder Beendung dachten oder nicht. Es ist jedoch mit Grund zu bezweifeln, ob unserm deutschen Rechtsbewusstsein die Ausdehnung des Vergleichs über das Gebiet streitiger Verhältnisse (reelle und potentielle lis) hinaus zusage, so dass z. B. die Ablösung einer Leibrente oder eines unständigen Gefälls auch dann als „Vergleich" zu betrachten sei, wenn die Parteien dabe keineswegs die Absicht hatten, künftigem Processe vorzubeugen. (Dass das röm. Recht solche Verträge in der That als Vergleiche betrachtet, beweisen l. 8. D , l. 11. Cod. h. t. und andre Stellen zu Genüge, C s. unten II, Abschn. II. Cap. §. 10). Jedenfalls halten wir daran fest, dass die eigentliche Sphäre der transactio sowohl im römischen, wie noch mehr im heutigen Recht streitige Verhältnisse seien, und dass die ganze Entwicklung des Instituts lediglich an diese sich anlehnt, wesshalb wir mit Fug und Recht im ferneren Verlaufe der Abhandlung unser Hauptaugenmerk nur dem Vergleich über lis vel mota vel quae metuitur zuwenden werden.

14) Wollte man heutzutage (resp. für das justinianische Recht) die transactio noch als species des pactum d. n. p. fassen, so hiesse das nicht mehr wie ehemals: „sie ist die entgeltliche Beseitigung der lis gegenüber dem indifferenten pactum" — sondern es hiesse nunmehr: „die transactio kann nur geschlossen werden durch Verzicht des Klägers auf seinen Anspruch." Das Unbefriedigende dieses Standpunkts haben wir jedoch oben §. 4 nachzuweisen versucht. Im Munde Rudorff's allerdings erscheint es als pure Consequenz, wenn er, dem justinianischen und heutigen p. d. n. p. noch ganz den Character vindicirend, den es in der älteren Zeit des röm. Rechts hatte, auch die transactio des neuern Rechts noch lediglich als species des pactum d. n. p. begreift (vergl. nota a zu Puchta's Pand. §. 297): „von welchem (sc. pactum „d. n. p.) der Vergleich nur eine species bildet,"

Wir haben nunmehr durch diese, von der äusseren Stellung unserer Quellentitel in den justinianischen Rechtsbüchern beziehungsweise im typischen Edict des praetor urbanus ausgehende und die geschichtliche Entwicklung unseres Instituts verfolgende Untersuchung das wichtige oben schon angedeutete Resultat erhalten, dass unsere Quellen in dem Vergleiche einen Vertrag erblicken, dessen wesentlichster Character und vorzugsweise Bestimmung es ist „streitige Rechtsverhältnisse, anstatt auf gerichtlichem „Wege durch Urtheil, in gütlicher Weise auszutragen, also ein friedliches „(vertragsmässiges) Urtheil zu sein."

Dieses vorzugsweise Characteristikon des Vergleichs — die Urtheilsnatur desselben — findet aber keineswegs blos in der bisher allein berücksichtigten indirecten Weise seine Anerkennung in unseren Quellen, sondern dieselben sprechen es fast in jeder Stelle, oft in den allerprägnantesten Ausdrücken, auch direct aus [15].

Unsere bisherige Untersuchung hat uns drei Momente kennen gelernt, welche die rechtliche Natur des Vergleichs gegenüber allen andern mehr oder weniger verwandten Instituten characterisiren; diese drei Momente krystallisiren sich in der Formel:

„Der Vergleich ist ein Urtheil in Gestalt entgeltlichen Vertrags."

Es übrigt uns schliesslich nunmehr die Frage zur Beantwortung zu bringen: Welches dieser Momente verdient als der die Natur des Vergleichs vorzugsweise characterisirende und darum auch für die Stellung des Vergleichs im System vor Allem massgebende Gesichtspunkt hervorgehoben zu werden?

An sich wäre ein Doppeltes gedenkbar. Entweder man fasst vorzugsweise jene Seite des Vergleichs ins Auge, von der aus er sich als Vertrag (und in specie als entgeltlicher Vertrag) darstellt, und lässt die judicatliche Natur des Vergleichs nur als ein seinen im Ganzen präponderirenden Vertragscharacter näher bestimmendes und vor andern entgeltlichen Ver-

---

15) Wir stellen nur folgende für die judicatliche Natur der transactio, sowohl was Voraussetzungen als Wirkungen betrifft, Zeugniss gebende Stellen hieher: L. 1. D. h. t. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit . . . . L. 12. Cod. h. t.: Praeses provinciae aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta . . . . L. 13. Cod. h. t.: Nec tamen quilibet metus ad rescindendas lites, quae consensu terminatae sunt, sufficit. L. 16. eod.: Causas vel lites legitimis transactionibus finitas imperiali rescripto resuscitari non oportet . . . L. 20. Cod. h. t.: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit . . . u. s. w.

trägen auszeichnendes Moment in den Vertragsbegriff erst hineingetragen werden. Von hier aus gehört der Vergleich unter die Verträge, allein seiner früher betrachteten universellen Natur wegen weder unter die obligatorischen, noch unter die liberatorischen; er müsste vielmehr immerhin im allgemeinen Theile seine Stelle erhalten und zwar geradezu neben der Schenkung, als der bestimmt characterisirte entgeltliche Vertrag neben dem bestimmt characterisirten unentgeltlichen Vertrag. Diese Stellung des Vergleichs hätte unverkennbar den Vorzug, durchaus erschöpfend zu sein, insofern sich eben kein Vergleich denken lässt, der sich nicht als „entgeltlichen Vertrag" darstellte. — Oder man betont vorzugsweise die Judicatsnatur des Vergleichs und findet sein Wesen darin, dass er ein (vertragsmässiges) Streitbeendungsmittel sei: von hier aus weist man ihm dann seine Stelle nicht neben der Schenkung, sondern neben dem Urtheil an.

Welche Locirung die an sich vorzüglichere sei, hängt davon ab, ob man dabei sich von lediglich formellen und äusserlichen Erwägungen der grösstmöglichen Allgemeinheit und Umfassendheit leiten lässt, oder ob man die innere Verwandtschaft der Institute vor Allem als massgebend für die Systembildung betrachtet. Geht man von der ersteren Rücksicht aus, so wird man den Vergleich in dem allgemeinen Theil des Systems neben der Schenkung bei dem Vertrage überhaupt behandeln, dem er „durch die „Allgemeinheit seiner Natur und die Mannigfaltigkeit seiner Anwendungen „gleichartig ist." Geht man dagegen von jener zweiten, materiellen Rücksicht aus, so wird man, ungeachtet einiger Unvollkommenheit der Tragweite des Gesichtspunkts und ungeachtet dadurch der Vergleich aus dem Zusammenhang mit dem Vertrage überhaupt herausgerissen wird, dennoch den Vergleich im Actionenrecht neben der res judicata, welche durch ihn surrogirt wird, behandeln [16]).

Nach früheren Erörterungen haben die Systeme der verschiedenen Rechtslehrer weder den einen noch den andern, sondern einen dritten, aber

16) In der That scheint eine Systematik, welche nach lediglich formellen Rücksichten bei der Classificirung der Rechtsinstitnte zu Werke geht, ohne den innern Zusammenhang und die geistige Verwandtschaft derselben zu berücksichtigen, verwerflich; und insoferne möchten wir anch bezweifeln, ob es das Richtige sei, die Schenkung im allgemeinen Theile neben dem Vertrage gleichsam als den Vertrag κατ' ἐξοχην zu hehandeln, obwohl anderseits nicht zu leugnen ist, dass es gerade bei der Schenknng viel schwerer ist, als beim Vergleich, einen materiellen im Wesen derselben gegründeten Anhaltspunkt für die systematische Plaçirung zu finden.

jedenfalls unrichtigen Weg eingeschlagen, indem sie den Vergleich entweder unter den Aufhebungsarten, oder unter den Entstehungsgründen von Schuldverhältnissen betrachteten, wodurch weder ein formell ausreichender, noch ein materiell gerechtfertigter Gesichtspunkt erzielt ward. Aehnlich verhält es sich mit den neuern Gesetzgebungen; das österreichische und preussische Landrecht behandeln beide den Vergleich unter den „Aufhebungsarten der Rechte und Verbindlichkeiten," und zwar ersteres im Zusammenhang mit der Novation, obwohl es zugleich erklärt, dass eine Novation im Vergleiche noch keineswegs immer enthalten zu sein brauche und sogar nicht einmal zu präsumiren sei [17]). Der Code Napoléon behandelt die „transaction" ganz systemlos hinter der Bürgschaft [18]). Nur die bayerische Gesetzgebung ist sich dieser innern Verwandtschaft des Vergleichs mit dem Urtheil bis zu dem Grade bewusst, dass sie denselben mit dem Compromiss unmittelbar nach dem Urtheil behandelt, alle diese Institute aber nicht dem materiellen Civilrecht, sondern dem Processrecht zuweist [19]).

§. 7.

III. Abgrenzung des Vergleichs von verwandten Instituten.

Savigny äussert sich in der Vorrede zum System p. XXXVII: „Je „mehr es uns gelingt, bei einem Rechtsinstitut dessen Verwandtschaft nach „verschiedenen Seiten hin zu entdecken und zu verfolgen, desto vollstän„diger wird unsere Einsicht werden." Wir wollen diesen Ausspruch des grossen Meisters beherzigen und den Vergleich nunmehr mit seinen Verwandten in Parallele stellen, um dadurch die Klarheit der Einsicht in die rechtliche Natur des Vergleichs noch möglichst zu erhöhen.

---

17) Oesterreich, Ges. Buch §. 1380 ff., Preuss. Landrecht §. 405 und ff.

18) Ein richtiges Gefühl von der materiellen Verwandtschaft mit dem Urtheil hatte der französische Gesetzgeber wenigstens mit Bezug auf das dem Vergleiche wesentlich verwandte Compromiss, das er geradezu aus dem Gebiete des materiellen Civilrechts hinaus- und dem Processrecht hinüberwies (vgl. livre III, titre un. „des arbitrages").

19) Cod. judic. bavar. Cap. XVII. handelt über die Beendung eines Rechtsstreits durch Vergleich etc., nachdem die Cap. XIV—XVI. sich über die richterliche Entscheidung des Streits verbreitet haben. Dass aber diese Ausscheidung der eben genannten Institute aus dem materiellen Civilrecht nicht nur nicht nothwendig, sondern sogar von höchst precärem Nutzen ist, bedarf keiner näheren Auseinandersetzung.

Es fragt sich nun vor Allem: welches sind denn die Verwandten des Vergleichs, beziehungsweise von welchem Standpunkte haben wir dieselben aufzusuchen? Die Beantwortung dieser Frage hängt natürlich davon ab, was wir als das wesentliche bleibende und den Vergleich vorzugsweise characterisirende Moment erkennen. Würden wir das Hauptgewicht auf die entgeltliche Vertragsnatur der transactio legen, so erschienen als Verwandte derselben alle gegenseitigen Verträge — eine Verwandtschaft, die zu verfolgen kaum der Mühe lohnen würde. Finden wir aber — wie es in der That der Fall ist — den Kern des Instituts in der Judicatsnatur desselben, so werden wir als verwandte Institute vorzugsweise diejenigen anerkennen, welche an jenem Character participiren „zweifelhafte Rechtsverhältnisse zu beseitigen," die sich also, wie der Vergleich, als modi litis finiendae darstellen.

Von hier aus eröffnet sich nun aber eine in dreifacher Gradation sich abstufende Verwandtschaftsbeziehung des Vergleichs zu andern Streitbeendungsmitteln:

I. Res judicata mit der sie surrogirenden confessio in jure [1]. Das Charakteristische dieser Stufe besteht in einem Doppelten:

1) sie beendet den Rechtsstreit dadurch, dass sie formelle Wahrheit in Ansehung des bis dahin streitig gewesenen Verhältnisses schafft; und

2) sie bedarf, um diesen Zweck der Processbeendung zu erreichen, keineswegs des Vertrags der Parteien als ermächtigenden Ausgangspunktes, das Urtheil geht auch in invitum.

II. Eine nähere Stufe der Verwandtschaft mit dem Vergleich nehmen jene Institute ein, die zwar auch ihrer Natur nach „eine urtheilsmässige Entscheidung" [2] des streitigen Verhältnisses geben und förmliche Wahrheit machen, die aber erst auf der Grundlage einer freien Willensübereinstimmung (eines Vertrags) der streitenden Theile jene Function mit rechtsverbind-

1) Und zwar kann die confessio in jure vorkommen sowohl auf Seite des Klägers, als des Beklagten: in letzterem Fall ist sie das eigentliche gerichtliche Geständniss des klägerischen Anspruchs, im ersteren Fall der einseitige, in jure erklärte Verzicht des Klägers auf die fernere gerichtliche Durchführung seines Anspruchs.

2) Das Hauptgewicht liegt hier auf dem Worte „Entscheidung", die eine Ermittlung der objektiven Wahrheit des Verhältnisses involvirt, und dann diese gefundene Wahrheit gleichviel ob sie auch wirkliche Wahrheit sei und mit dem materiellen Recht übereinstimme, oder nicht, zum förmlichen Recht werden lässt.

licher Wirkung für die Parteien üben können. Es gehören hieher der vertragsmässige Eid und das Compromiss. Beide Institute nehmen in der That eine Mittelstellung ein zwischen der richterlichen Entscheidung und dem Vergleich.

III. Endlich in der nächsten Verwandtschaftsbeziehung zum Vergleich stehen jene Institute, welche nicht nur den Zweck („litem finire") mit ihm und den andern ebengenannten gemein haben, sondern auch, wie die transactio, diesen Zweck durch unmittelbare vertragsmässige Disposition über das streitige Verhältniss, anstatt, wie in den bisherigen Fällen, durch eigentliche „Entscheidung" desselben erreichen. Hieher gehören der unentgeltliche vertragsmässige Verzicht des Klägers und das unentgeltliche vertragsmässige Anerkenntniss des klägerischen Anspruchs durch den Beklagten — Beides die Correlate der sub I. erwähnten einseitig-processualischen Handlungen, die wir unter der gemeinsamen Bezeichnung der „in jure confessio" zusammengefasst haben.

Wir wollen nun im Folgenden die verwandtschaftlichen Beziehungen des Vergleichs zu einer jeden der genannten drei Gruppen in der Weise etwas näher ins Auge fassen, dass wir einerseits die Berührungs- und anderseits die Abstossungspunkte, welche die Vergleichung beider darbietet, aufzusuchen uns bestreben [3]).

I. Verhältniss des Vergleichs zum richterlichen Erkenntniss.

Wir haben oben den Vergleich charakterisirt als ein „Urtheil in Gestalt entgeltlichen Vertrags" [4]). Daraus folgt, dass eine Verwandtschaft zwischen Vergleich und Urtheil stattfindet; wo aber Verwandtschaft, da

---

3) Es kann natürlich unsere Aufgabe nicht sein, eine in das speziellste Detail eingehende Vergleichung unseres Instituts mit einem jeden einzelnen der hier aufgezählten vorzunehmen — ein solches Verfahren würde uns in die Nothwendigkeit versetzen, nicht nur eine Theorie des Vergleichs, sondern auch eines jeden einzelnen dieser mit ihm verwandten Institute zu geben —; wir haben vielmehr gerade zu dem Zweck, um uns ein solches Detail der Vergleichung zu ersparen, obige Kategoricen der Verwandten des Vergleichs aufgestellt, so dass sich also unsere parallelisirende Untersuchung auf das Verhältniss des Vergleichs zu einer jeden der drei Gruppen als solcher beschränken kann.

4) Auch die französische Jurisprudenz hat diesen Character des Vergleichs erkannt und drückt ihn aus durch die Formel: „la transaction est un jugement conventionel."

findet sich neben dem Gemeinsamen auch Gegensätzliches, indem sonst die Verwandtschaft zur vollkommnen Congruenz würde. Wir werden desshalb bei unserer vergleichenden Untersuchung einerseits die Berührungs- und anderseits die Abstossungspunkte beider Institute darzustellen haben.

A. Gemeinsam ist beiden vorerst der Gegenstand, auf den sich die Thätigkeit hier des Richters, dort der Parteien bezieht: lis incerta neque finita. Res certa und lis finita kann als solche ebensowenig Object einer Processverhandlung und richterlichen Entscheidung, als eines Vergleiches sein. Ferner ist gemeinsam beiden der Zweck, „finire litem incertam", d. i. Beseitigung der bis jetzt obwaltenden Zweifelhaftigkeit des Verhältnisses. Auf diese Gemeinsamkeit des Zwecks gründet sich dann aber von selbst einmal Verwandtschaft des Inhalts des richterlichen und vertragsmässigen Erkenntnisses in Bezug auf das zweifelhafte Rechtsverhältniss [5]), sodann Verwandtschaft der Wirkungen, insofern in beiden Fällen die obschwebende Differenz erledigt und dadurch nicht blos der gegenwärtige Rechtsstreit beendet, sondern auch dessen Erneuerung für alle Zukunft ausgeschlossen wird [6]).

So wichtig nun auch die Erkenntniss dieser wesentlichen Verwandtschaft zwischen Vergleich und Urtheil ist für die richtige Auffassung des

---

5) Der Inhalt des Urtheils kann nemlich ein zwei-, resp. dreifacher sein: entweder der Beklagte wird condemnirt, oder er wird absolvirt, oder endlich er wird theils condemnirt, theils absolvirt. Ebenso kann auch der Vergleich die seitherige Rechtsungewissheit nur auf einem dieser drei Wege beseitigen, wobei aber allerdings immer noch das Moment der Gegenseitigkeit zur Berücksichtigung kommen muss. Daher wird die seither bestandene Differenz auch beim Vergleich nur in der Weise erledigt, dass entweder der Kläger völlig nachgibt mit Bezug auf das streitige Verhältniss und dafür anderweitige Abfindung erhält, oder umgekehrt, dass der Beklagte gegen anderweitige Entschädigung völlig nachgibt, oder endlich dass beide Theile mit Bezug auf das streitige Verhältniss selbst in ihren Behauptungen gegenseitig herabgehen: das Erste entspricht dann dem condemnatorischen, das Zweite dem absolutorischen, und dass Dritte endlich dem s. g. gemischten Urtheile.

6) Denn das Urtheil wie nicht minder der Vergleich haben durch ihren Ausspruch in Bezug auf das streitige Verhältniss die Ungewissheit als solche consumirt; es können darum die früheren illiquiden Ansprüche, ohne Rücksicht darauf, ob und welche Ereignisse dieselben nach Ergang des Urtheils resp. Abschluss des Vergleichs hinsichtlich der Frage ihrer Existenz oder ihrer Beweisbarkeit betroffen haben, fernerhin jedenfalls nunmehr insoweit noch geltend gemacht werden, als sie mit dem Inhalt des Urtheils resp. Vergleichs in Einklang stehen,

Instituts, so wenig darf man auch anderseits vergessen, dass der Vergleich nicht wirkliches Judicat, sondern nur etwas dem Judicat Aehnliches, Verwandtes ist. Es sind nunmehr die Unterscheidungsmomente für beide Institute aufzusuchen.

B. Der Gegensatz zwischen Vergleich und Urtheil gibt sich schon vor Allem kund in der Verschiedenheit des ersten Ausgangspunktes: beim Vergleich ist es der freie Vertragswille der Parteien, ihre Differenz gerade in dieser Weise beizulegen, beim richterlichen Urtheil die auf einseitiges Anrufen zum Schutze der die Privatrechtsverhältnisse regelnden Rechtsordnung thätig werdende öffentliche Richtergewalt [7]. Diese Verschiedenheit des ersten Ausgangspunktes bringt nun aber eine wichtige Consequenz mit sich hinsichtlich der Wirkungen insbesondere des absolutorischen Urtheils gegenüber dem Vergleich und den andern, auf einen ursprünglichen Vertrag zurückzuführenden modi litis finiendae (Compromiss, Eid). Das gegen eine wirklich bestehende Obligation ergangene Urtheil kann nur den civilrechtlichen, nicht den naturalen Bestandtheil der Obligation angreifen; während hingegen der wirkliche Schuldner, der seine Nichtschuld beschworen, oder durch arbitrium für nicht verpflichtet erklärt, oder endlich durch Vergleich liberirt worden ist, auch nicht einmal mehr naturaliter obligirt bleibt [8].

---

7) Der Vergleich kann nie einer Partei aufgezwungen werden, weder von der Gegenpartei, noch von dem Richter: so löblich es ist, wenn sich der Richter bemüht, die streitenden Theile zur friedlichen Beilegung des Rechtshandels zu vermögen, und so sehr es die verschiedenen Processordnungen dem Richter zur Pflicht machen, im Interesse der Processverhütung auf alle erlaubte Weise einen Vergleich zu bewirken, so verwerflich und gesetzlich reprobirt sind jedoch alle Massnahmen des Richters, welche eine Bedrohung oder Täuschung oder andere ungebührliche Zwangs- und Ueberredungsmittel enthalten, um dadurch einen Vergleich unter den Parteien zu Stande zu bringen. Dagegen beim richterlichen Urtheil, das eben ein Ausfluss der staatlichen Thätigkeit zur Erhaltung der Rechtsordnung ist, kommt es auf den Consens der Parteien überall nicht an; zwar wird im Gebiete des Privatrechts nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime der Richter ex officio in der Regel nicht thätig, sondern es bedarf hiezu einer Imploration von Seite des sich verletzt Fühlenden. Ist diese aber einmal erfolgt und davon auch im ferneren Verlaufe nicht mehr abgestanden worden, dann kommt der Satz zur Anwendung: „judicium redditur et in invitum."

8) Der Richterspruch hat weder die Tendenz noch die Kraft, wirklich vorhandene Obligationen zu zerstören; er spricht vielmehr blos aus, dass eine obligatio nicht vorhanden sei. So weit nun das positive Recht Mittel gibt, die Wahr-

Wichtiger aber ist eine fernere, in der Art und Weise, wie einseits Judicat und anderseits Vergleich den gemeinsamen Zweck der Beseitigung der Rechtsungewissheit erreichen, gegründete Verschiedenheit beider Institute, sowohl in formeller als in materieller Hinsicht.

Formell stellt sich das Judicat dar als Ausspruch einer dritten, von der Staatsgewalt zum Richteramt autorisirten, physischen oder juristischen Person; der Vergleich dagegen erscheint als der Ausspruch überhaupt nicht einer einzelnen und insbesondere nicht einer dritten Person, sondern als der Ausdruck des gemeinsamen Willens der beiden streitenden Theile mit Bezug auf das bisher zweifelhaft gewesene Rechtsverhältniss.

Von der materiellen Seite aus betrachtet, ist es die Aufgabe des richterlichen Urtheils, das streitige Verhältniss nicht schlechthin (etwa auf willkürliche Art) zu beseitigen, sondern den Rechtsstreit im eigentlichen Sinne zu entscheiden [9]; dagegen beim Vergleich ist es von Anfang an

---

heit dieses Ausspruchs gegenüber fremder Anfechtung geltend zu machen (sei es durch exceptio oder replicatio u. s. w.), hat allerdings das die Existenz einer obligatio negirende Urtheil im Resultate ganz die nemliche Wirkung, als habe es die wirklich bestandene obligatio aufgehoben. Allein dieser Schein, als sei die res judicata ein modus tollendi obligationem, verschwindet sofort, wenn man an solche Fälle denkt, wo das Recht kein solches Mittel zur Geltendmachung des Urtheilsinhalts gibt (z. B. bei freiwilliger, wenn auch irrthümlicher Zahlung der durch richterliches Urtheil ungerechter Weise negirten Schuld; es zeigt sich hier, dass die alte obligatio in ihrem naturalen Bestandtheil vom Urtheil unberührt gelassen worden war, insofern eine condictio sine causa (resp. indebiti) hier nicht gegeben wird, wenn der Gegner nunmehr das vere debitum erweist). Ganz anders dagegen bei jenen modi litis finiendae, welche die Rechtfertigung ihrer verbindlichen Kraft im freien Willen der Parteien finden: hier liegt in der That ein Verzicht vor (beim Eid und Compromiss ein bedingter Verzicht, bedingt nemlich durch die wirkliche Ableistung des Eids resp. Erfolgen des Schiedsspruchs); den Parteien aber ist es unbenommen über ihre Privatrechte nach Belieben zu disponiren, also auch auf sie zu verzichten. Ein solcher Verzicht characterisirt sich dann aber in der That als liberatorischer Vertrag, als modus tollendi obligationem, insofern er eben die obligatio auch in ihrem naturalen Bestandtheil, wenn auch nur ope exceptionis, aufhebt.

9) D. h. „den Gegensatz der Behauptungen und Ansprüche der Parteien von „dem höheren Standpunkte der Wahrheit aus in Einheit auflösen und so die „vorgebliche Rechtsverletzung entweder zur Verneinung oder zur Anerkennung und Ausgleichung zu bringen“ (Savigny System Bd. VI). Die Rechtsgewissheit, die zufolge des richterlichen Erkenntnisses an die Stelle des zweifelhaften Verhältnisses tritt, will und soll kein materiell neues, vom



nicht darauf abgesehen, die Wahrheit des zweifelhaften Verhältnisses zu eruiren und sie an die Stelle der bisherigen Rechtsungewissheit zu setzen, die transigirenden Parteien verzichten vielmehr jetzt und für alle Zukunft auf eine eigentliche (richterliche) Entscheidung des streitigen Verhältnisses, sie setzen geradezu ein neues, willkürlich gemachtes Recht an die Stelle der seitherigen Rechtsungewissheit[10]). Während also das Urtheil die innere Rechtfertigung seiner verbindlichen Kraft darin findet, dass es die in der Vergangenheit schon bestandene, vom Richter lediglich erkannte und durch seinen Ausspruch zur Anerkennung gebrachte Wahrheit des streitigen Verhältnisses sein will, so rechtfertigt der Vergleich seine die Parteien bindende Kraft aus der freien Willensdisposition derselben.

Richter willkürlich gemachtes, sondern sie will und soll das in der Vergangenheit schon bestehende, für die streitenden Theile nur verhüllt gewesene, vom Blicke des Richters aber wieder erkannte und durch sein Urtheil zur Anerkennung gebrachte Recht sein. Das Urtheil wird nur darum förmliches Recht, weil es das materielle Recht zu sein intendirt und glücklicherweise auch in der Regel wirklich ist.

10) Das, was jetzt an die Stelle des bisherigen zweifelhaften Verhältnisses tritt, ist also nicht das erkannte Recht, sondern ein gewolltes Recht, nicht das vor dem Vergleiche schon bestandene, durch die lis nur getrübte, sondern ein neues, von den dispositionsbefugten Parteien nach Gutdünken gemachtes Recht. — Zur Verdeutlichung diene folgendes Beispiel: Wenn A. 1000 an B. fordert, aber durch richterliches Urtheil nur 500 zugesprochen erhält, mit Bezug auf die andern 500 aber abgewiesen wird, so heisst diess: B. ist (resp. war in der That schon vor dem Urtheil) nur 500 schuldig, hinsichtlich der andern 500 hat A. von Anfang an einen unbegründeten Anspruch erhoben. Hätte sich aber der 1000 anfordernde A. mit dem jede Schuldverbindlichkeit ablehnenden B. dahin verglichen, dass A. mit 500 sich zufrieden erklärt, so kann man hier durchaus nicht ebenso sagen: durch den Vergleich ist festgestellt worden, dass B. wirklich dem A. 500 schuldig war und dass A. hinsichtlich der andern 500 von Anfang an einen ungegründeten Anspruch erhoben hatte, sondern vielmehr so: die Parteien wollen beiderseits nicht den Ausgang des zur Wahrheit führenden Processes riskiren, sondern halten es, jede im eigenen Interesse, für am gerathensten, vom Processe abzustehen in der Weise, dass jeder Theil in seinen Behauptungen sich mässigt: derjenige Punkt, in dem sie von den entgegengesetzten Richtungen aus zusammentreffen, gibt dann dasjenige Verhältniss, welches als selbstgeschaffene Gewissheit jetzt und für alle Zukunft mit der nemlichen Wirkung an die Stelle der früheren Rechtsungewissheit tritt, als wenn es die wirklich erkannte Wahrheit des streitigen Rechtsverhältnisses wäre.

II. Verhältniss des Vergleichs zum vertragsmässigen Eid und Compromiss.

Eid und Compromiss nehmen in unserer obigen Stufenabtheilung die zweite Stufe ein, d. h. sie stehen dem Vergleich zwar näher, als das Judicat, aber hinwieder entfernter, als die Angehörigen der dritten Stufe (unentgeltlicher Verzicht und Anerkenntniss).

Auch hier unterscheiden wir bei der Parallelisirung der beiden genannten Institute mit dem Vergleich Gemeinsames und Gegensätzliches.

A. Was zunächst die beiderseitigen Berührungspunkte anlangt, so bringt es unsere Stufenabtheilung mit sich, dass die nähere Stufe voraus auch an dem participire, was schon der entfernteren Stufe als gemeinsames Moment mit dem Vergleich zukömmt, und dass sie nur noch ein Plus zu diesem Masse des Verwandten hinzufüge. Es kommen also alle die Verwandtschaftsbeziehungen, die wir in der eben vollendeten Untersuchung für das Verhältniss von Judicat und Vergleich aufgefunden haben, ganz in gleicher Weise auch in Betracht für das Verhältniss des Vergleichs zu Eid und Compromiss, also inbesondere Gemeinsamkeit des Gegenstandes (lis incerta neque finita) und des Zweckes (finire litem). Es übrigt uns darum nur noch klar zu werden über das Plus der Verwandtschaft, das eben Eid und Compromiss um eine Stufe näher zum Vergleich bringt und sie gewissermassen zu einer Art von „Vergleichen“ werden lässt [11]). Wir erkennen nun aber dieses „vergleichsartige“ Moment bei Eid und Compromiss darin, dass beide modi litis finiendae ihren primären Ausgangspunkt finden in der freien Willensübereinstimmung d. i. im Vertrag der Parteien. Beim Compromiss liegt diese Vertragsnatur klar zu Tage; allein auch die Streitbeendigung durch Eid ruht auf dieser primären Grundlage; der Delat kann nur das mit Rechtswirkung beschwören, was ihm der Deferent als Schwurthema proponirt hat; indem er aber schwört, acceptirt er jene Proposition, — also Willensübereinstimmung zu einem rechtlichen Resultat (d. i. Vertrag). Folge des Vertrags im einen und andern Fall ist, dass die „vertragenden“ Parteien hier das eidlich Erhärtete, dort das schiedsrichterlich Entschiedene als das

11) In der That begreift der Sprachgebrauch nicht nur des gemeinen Lebens, sondern sogar der Wissenschaft Eid und Compromiss nnter dem „Vergleich“ (im weiteren Sinne des Wortes); ja selbst unsere Quellen sagen sowohl vom Eid als vom Compromiss „speciem transactionis continet“ vergl. l. 2. D. de jur. jur. (12, 2.) et l. 5. Cod. de rec. arb. (2, 56).

die Stelle der früheren Rechtsungewissheit einnehmende gewisse Verhältniss anzuerkennen haben [12].

B. Die unterscheidenden Seiten in dem Verhältnisse von Eid und Compromiss zum Vergleich beruhen wesentlich in dem wirklichen Urtheilscharakter, welcher Eid und Compromiss, sofern es sich um den streitbeendenden Act selbst fragt, gegenüber dem Vergleiche auszeichnet. Der letztere beendet, wie wir früher gesehen haben, den Streit unmittelbar consensu d. h. dadurch, dass die Parteien in willkürlichem Vertrage an die Stelle des zweifelhaften ein neues gewisses Verhältniss setzen. Hingegen dem Eide und Compromisse liegt eine solche Willkürlichkeit der Streitbeseitigung fern: sie sind beide eigentliche Streitentscheidungsmittel, wie das Judicat. Daher erscheint schon formell der judicatliche Act bei Eid und Compromiss nicht mehr als Vertrag, sondern als einseitige Handlung, entweder einer der Parteien selbst (des Juranten) oder eines dritten Nichtbetheiligten (des arbiter).

III. Verhältniss des Vergleichs zum vertragsmässigen Verzicht des Klägers beziehungsweise vertragsmässigen Anerkenntniss des Beklagten.

Es bedarf, noch ehe wir die Verwandtschaftsbeziehungen selbst untersuchen, der Rechtfertigung und näheren Verdeutlichung, in welchem Sinne wir den vertragsmässigen Verzicht als Verwandten des Vergleichs ausgeben. Es wäre dieses aber in der That schwer zu rechtfertigen, wenn wir den vertragsmässigen Verzicht schlechthin und in seiner ganzen Ausdehnung dem Vergleiche verwandt setzen wollten [13]. Wir reden aber hier in der That vom vertragsmässigen Verzicht resp. Anerkenntniss nur inso-

---

12) Diese Vertragsnatur der beiden Institute, was ihren primären Ausgangspunkt, nicht was die Art und Weise der Streitbeendung selbst betrifft, wird denn auch von unsern Quellen in den in note 11 citirten Stellen auf's Klarste anerkannt; so l. 2 cit.: „jusjurandum speciem transactionis continet" und l. 5 cit. . . . „exceptionem veluti pacti generari." Einen Ausfluss dieser Vergleichsnatur des Eids und Compromisses gegenüber dem Judicate haben wir bereits oben kennen gelernt: die eidliche, wie die schiedsrichterliche Entscheidung eines Rechtsstreits greift auch den naturalen Bestandtheil der in der einen oder andern Weise zur Verneinung gebrachten obligatio an.

13) Worin sollte wohl die innere Verwandtschaft mit dem Vergleich bestehen, wenn z. B. A. dem B. die ihm ganz unbestritten geschuldete und fällige Schuld von 100 donationis causa erlässt?

weit, als beide wirklich den Charakter von modi litis finiendae haben, d. h. soweit beide sich innerhalb des Gebiets von zweifelhaften Rechtsverhältnissen bewegen [14]).

Die Verwandtschaft nun, welche diese Institute zum Vergleiche haben, ist in der That die allergrösseste. Während Judicat, während selbst Eid und Compromiss trotz aller Hinneigung immer noch im innersten Wesen vom Vergleiche verschiedene Institute bleiben, so hat in der That auf dieser dritten Stufe diese generische Verschiedenheit aufgehört; das Wesen ist das gleiche, der Unterschied liegt nur mehr in Aeusserlichem. Oder was ist denn der Vergleich, soweit er das streitige Verhältniss für die Zukunft beseitigt, anderes, als entweder Verzicht oder Anerkenntniss?

Das unterscheidende Moment ist lediglich darin gelegen, dass der Vergleich ein oneroser Vertrag ist („gegenseitiges Nachgeben"), der unbedingte Verzicht und das unbedingte Anerkenntniss dagegen lucrativer Natur sind [15]): es ist dies in der That das einzige, aber auch vollkommen aus-

---

14) Dass man aber überhaupt auf streitige Ansprüche unbedingt verzichten oder dieselben unbedingt anerkennen könne, liegt nicht minder in der Natur der Sache, als es durch ausdrückliche Quellenaussprüche bestätigt ist. Es erscheint darum fast unbegreiflich, wie manche ältere Juristen, freilich auch durch eine falsche Interpunction der l. 1. D. h. t. verführt, („Qui „transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero „paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit") — aus dieser Stelle herausargumentiren wollten, dass man nur auf res certa et indubitata schlechthin verzichten könne, ungeachtet das Gegentheil auf das Bestimmteste ausgesprochen wird in l. 4. Cod. de pactis (2, 3.): postquam liti de praedio motae renuntiasti, causam finitam restaurari posse, nulla ratio permittit; und Paul. sentt. I. 1, §. 5: „de rebus litigiosis et convenire et transigere possumus; post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet."

15) Da der Vergleich eben nie Verzicht schlechthin, sondern vergoltener Verzicht ist, nie Anerkenntniss schlechthin, sondern vergoltenes Anerkenntniss ist, so hat derselbe, auch insoweit er auf Beseitigung der Rechtsungewissheit gerichtet ist, doch nur dann rechtlichen Bestand, wenn auch die die Vergeltung enthaltende Leistung (sei es nun ein dare, oder promittere oder remittere) juristisch wirksam ist; wäre darum diese Gegenleistung für das mit Bezug auf das streitige Verhältniss selbst vom einen oder andern Theil verwirklichte völlige Nachgeben aus irgend einem Grunde juristisch ungültig, so fällt nothwendig der ganze Vergleich zusammen. Dagegen beim unbedingten Verzicht oder Anerkenntniss als modus litis finiendae kann, weil hier von einer Gegenleistung von Anfang an nicht die Rede ist, blos die Frage entstehen: Ist der Verzicht auf das bestrittene Recht als solcher, resp. ist das

reichende Moment zur Abgrenzung des Vergleichs von diesen seinen Verwandten[16]).

Von manchen älteren Juristen wurde versucht, noch weitere Unterscheidungsmerkmale des Vergleichs vom unbedingten Verzicht resp. Anerkenntniss aufzufinden; man glaubte ein solches unterscheidendes Moment namentlich auch noch in den Motiven entdecken zu können, welche einseits dem vergleichsmässigen, andrerseits dem unentgeltlichen Verzicht resp. Anerkenntniss zu Grunde lägen. Man argumentirte insbesondere aus den beiden in not. 13 citirten Stellen (l. 1. D. h. t. et Paul. sentt. I. 1, §. 5.), der unbedingte Verzicht resp. Anerkenntniss habe überall einen animus donandi zur Voraussetzung, welcher hinwieder beim Vergleich, als einem onerosen Vertrag, von Anfang an unzulässig sei und an dessen Stelle hier lediglich die Absicht trete, die bestehende Rechtsungewissheit zu beseitigen.

Allein diese Argumentation ist nach ihren beiden Richtungen unhaltbar. Einmal ist nicht zu erweisen, dass dem unbedingten Verzicht resp. Anerkenntniss einer res litigiosa immer ein animus donandi unterliegen müsse[17]); zum Andern hält es auch eine nähere Prüfung nicht aus,

---

Anerkenntniss des klägerischen Anspruchs als solches rechtsbeständig? Und mit der Entscheidung dieser Frage ist dann sofort auch schon die andere entschieden, ob die seitherige Rechtsungewissheit für immer beseitigt sei, oder nicht.

16) Es zeigt sich dies aus der Vergleichung folgender Fälle: Wenn A. gegen B. einen Anspruch auf 1000 erhebt, alsdann aber sich mit 600 zufrieden gibt, so lässt sich hieraus noch gar nicht ermessen, ob dieses ein Vergleich oder ein theilweiser Erlass einer unbestrittenen Forderung sei. Im letzteren Fall, wo also von einer Rechtsungewissheit gar nicht die Rede ist, handelt es sicht überhaupt nicht um einen in das vorliegende Gebiet der modi litis finiendae einschlagenden Verzicht, sondern es ist ein gewöhnlicher Verzicht mit Bezug auf res certa et indubitata. Im ersteren Fall hingegen, wo wir also eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs durch den Beklagten voraussetzen, liegt in dem Herabgehen des A. von noch ungewissen 1000 auf 600 ein wahrer Vergleich vor. Hätte jedoch A. seine ganze Prätension ohne irgend Vergeltung Seitens des B. fallen lassen, oder hätte B. ungeachtet früherer Bestreitung nunmehr den ganzen klägerischen Anspruch vertragsweise und ohne Gegenopfer des Klägers anerkannt, so wäre das nicht mehr Vergleich, sondern unbedingter vertragsmässiger Verzicht resp. Anerkenntniss.

17) Die Schenkungsabsicht kommt hier nur als ein mögliches, ja sogar sehr häufiges, aber nicht als das alleinige Motiv in Betracht. Es kann dieses in der That höchst mannigfach sein; einmal also Schenkungswille, sodann wirklichen Ueberzeugung von dem Rechte des Gegners und der Unbegründetheit der

wenn man behauptet, der Vergleich habe lediglich die Absicht, die Rechtsungewissheit zu beseitigen, und vermöge insbesondere einen animus donandi in keiner Weise zu ertragen. Denn die Absicht, die obwaltende Rechtsungewissheit zu beseitigen, liegt ebenso auch dem unbedingten Verzicht resp. Anerkenntniss zu Grunde [18]); andrerseits kann möglicherweise auch die Absicht, eine Liberalität zu üben, einem Vergleich seine Entstehung geben [19]) — womit jedoch durchaus nicht zugestanden werden soll, „dass

---

seither dagegen erhobenen Bestreitung (hier kann man doch nicht von einem animus donandi des der Wahrheit die Ehre gebenden Theiles gegenüber dem andern sprechen —) oder endlich die ganz unbestimmte Absicht, die Verfolgung des Rechts als schwierig oder zweifelhaft für immer fallen zu lassen (Seitens des verzichtenden Klägers), resp. in der zweifelhaften Sache nachzugeben, nur um den Rechtsstreit zu vermeiden. (Auch hier ist ein Schenkungswille in der That nicht vorhanden; lediglich um Liberalität zu üben gegen den andern Theil hätte der Kläger nimmermehr verzichtet, der Beklagte nimmermehr anerkannt). Ja es ist denkbar und wird in sehr vielen Fällen wirklich eintreffen, dass diese verschiedenen, ein völliges Nachgeben des einen oder andern Theils veranlassenden Gedanken combinirt sind, so dass ein ganz bestimmtes, einzelnes Motiv sich nicht nur nicht nach Aussen klar ausprägt, sondern selbst nicht einmal im eigenen Bewusstsein des nachgebenden Theils mit Sicherheit unterschieden werden könnte.

18) Der unbedingte Verzicht könnte ja sonst nicht als modus litis finiendae in Betracht kommen, wie er es doch wirklich ist. Also in dem gemeinschaftlichen Zweck „litem finire“ kann in keiner Weise ein den Vergleich vor dem Verzicht auszeichnendes Moment erkannt werden.

19) Allerdings ist der Vergleich seiner Natur nach kein lucratives, sondern ein oneroses Geschäft; allein darum ist doch nicht ausgeschlossen, dass sich der eine der streitenden Theile aus reiner Gewogenheit und Liberalität gegen den andern zu einem Vergleiche herbeilasse, den er unter andern Umständen mit einem andern Gegner nicht geschlossen haben würde. Setzen wir z. B. folgenden Fall: A. behauptet eine Forderung an B.; dieser stirbt und hinterlässt 2 Erben, C. und D.; A. klagt gegen den Einen (C.) und erlangt ein condemnatorisches Urtheil gegen denselben. Es besteht nun offenbar die grösste Wahrscheinlichkeit, dass dieser nemliche Richter auch den andern schuldnerischen Erben verurtheilen werde. Gleichwohl bietet der dem D. wohlgewogene A. demselben einen Vergleich an, vermöge dessen er sich mit der Hälfte seines eigentlichen Anspruchs zufrieden erklärt. Wenn sich nun beide Parteien zu einem solchen Vertrage einigen, wer wollte demselben die Natur eines wahren Vergleiches bestreiten aus dem Grunde, weil es in der Seele des A. eine Liberalität war, die ihn zur Eingehung des Vertrags mit dem D. veranlasste? Wenn jener theilweise Erlass auch aus liberalen Motiven Seitens des Klägers ursprünglich hervorgegangen war, so ist dess-

„ein Vergleich auch in der Weise zu Stande kommen könne, dass der eine „Theil sich entschlösse, die ihm zur Entfernung seiner Ansprüche ange- „botene Summe als Geschenk (donatio) anzunehmen[20]."

---

wegen doch nicht der Character des Geschäfts aus dem eines Vergleiches in den einer Schenkung umgewandelt worden und kann nicht etwa der Gläubiger ob dieses innerlichen, im Geschäfte selbst nicht zur juristischen Manifestation gekommenen Motivs später die erlassene Summe wegen Undanks des andern Transigenten, als „Beschenkten," wieder einklagen. So wenig ein Geschäft aufhört wahrer Kauf zu sein, weil die Waare unter ihrem wahren Werthe überlassen worden war, so wenig hört ein Vertrag, der im Uebrigen die Voraussetzungen eines wirklichen Vergleiches an sich trägt, auf, Vergleich zu sein, weil derselbe unter der Einwirkung liberaler Motive entstanden ist. Nur dann würde die juristische Natur des Geschäfts im einen wie im andern Falle eine andere werden und dasselbe als Schenkung zu beurtheilen sein, wenn die Parteien in bewusster Weise die wirklich gewollte Schenkung in der simulirten Form des Kaufes resp. des Vergleichs versteckt hätten.

20) Diese Ansicht ist erst jüngst von Elvers in der von ihm herausgegebenen Themis neue Folge Bd. I. S. 100 ff. ausführlich vertheidigt worden. Eine eingehende Widerlegung dieser, einen innern Widerspruch enthaltenden Ansicht (auf der einen Seite gesteht sie nemlich dem Vergleich seine gegenseitige Natur zu, auf der andern spricht sie ihm dieselbe wieder ab) ist von uns unten II. Abschn. III. Cap. bei Gelegenheit der Betrachtung des Vergleichsinhalts versucht worden.



